

كتاب

بذلک الصمد

في

تزيين الكتاب

تأليف

الأستاذ الدكتور محمد بن عبد الله الكاسبي الحنفي
الناشر بدار الكتب في سنة ١٤٨٧ هـ

دار الكتب



0174756

Bibliotheca Alexandrina

كتاب بنايع الصبا في تنبيه الشرايع

تأليف

الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي
الملقب بملك العلماء المتوفى سنة ٥٨٧ هجرية

الجزء الخامس

الطبعة الثانية
١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م

دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان

المصنوع

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الاستصناع

يحتاج لمعرفة مسائل هذا الكتاب الى بيان صورة الاستصناع ومعناه والى بيان جوازه والى بيان حكمه والى بيان صفته

فصل أما صورة الاستصناع فهي أن يقول انسان لصانع من خفاف أو صفار أو غيرهما عمل لي خفا أو آنية من أديم أو نحاس من عندك بضمن كذا وبين نوع ما يعمل وقدره وصفته فيقول الصانع نعم وأما معناه فقد اختلف المشايخ فيه قال بعضهم هو مواعده وليس يبيع وقال بعضهم هو بيع لكن للمشتري فيه خيار وهو الصحيح بدليل ان محمداً رحمه الله ذكر في جوازه القياس والاستحسان وذلك لا يكون في العداات وكذا أثبت فيه خيار الرؤية وأنه يختص بالبياعات وكذا يجري فيه التقاضي والتعاقض فيه الواجب لا الموعود ثم اختلفت عباراتهم عن هذا النوع من البيع قال بعضهم هو عقد على مبيع في الذمة وقال بعضهم هو عقد على مبيع في الذمة شرط فيه العمل وجه القول الاول ان الصانع لو أحضر عينا كان عملها قبل العقد ورضى به المستصنع لجاز ولو كان شرط العمل من نفس العقد لما جاز لان الشرط يقع على عمل في المستقبل لا في الماضي والصحيح هو القول الاخير لان الاستصناع طلب الصنيع فإلزامه بشرط فيه العمل لا يكون استصناعاً فكان مأخذاً للاسم دليل عليه ولان العقد على مبيع في الذمة يسمى سائماً وهذا العقد يسمى استصناعاً واختلاف الاسامي دليل اختلاف المعاني في الاصل وأما اذا أتى الصانع بعين صنعها قبل العقد ورضى به المستصنع فإلزامه جاز لا بالعقد الاول بل بعقد آخر وهو التعاطي بتراضيهما

فصل وأما جوازه فالقياس أن لا يجوز لانه يبيع ما ليس عند الانسان لا على وجه السلم وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم ويجوز استحساناً لاجتماع الناس على ذلك لانهم يعملون

ذلك في سائر الاعصار من غير نكر وقد قال عليه الصلاة والسلام لا تجتمع أمتي على ضلالة وقال عليه الصلاة والسلام ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن وما رآه المسلمون قبيحا فهو عند الله قبيح والقياس يترك بالاجماع وهذا ترك القياس في دخول الحمام بالاجر من غير بيان المدة ومقدار الماء الذي يستعمل وفي قطعه الشارب للسقاء من غير بيان قدر المشروب وفي شراء البقل وهذه المحقرات كذا هذا ولأن الحاجة تدعو اليه لأن الانسان قد يحتاج الى خب أو نعل من جنس مخصوص ونوع مخصوص على قدر مخصوص وصفة مخصوصة وقالب يتفق وجوده مصنوعا فيحتاج الى أن يستصنع فلولا يجوز لوقع الناس في الحرج وقد خرج الجواب عن قوله انه معدوم لانه ألحق بالموجود لمساس الحاجة اليه كالمسلم فيه فلم يكن بيع ما ليس عند الانسان على الاطلاق ولأن فيه معنى عقدين جائزين وهو السلم والاجارة لأن السلم عقد على مبيع في الذمة واستتجار الصانع يشترط فيه العمل وما اشتمل على معنى عقدين جائزين كان جائزا

فصل وأما شرائط جوازه (فنها) بيان جنس المصنوع ونوعه وقدره وصفته لانه لا يصير معلوما بدونه (ومنها) أن يكون مما يجري فيه التعامل بين الناس من أواني الحديد والرصاص والنحاس والزجاج والخفاف والنعال والحلج الحديد للدواب ونصول السيوف والسكاكين والقسي والنبيل والسلاح كله والطشت والقمقمعة ونحو ذلك ولا يجوز في الثياب لأن القياس يأبى جوازه وانما جوازه استحسانا لتعامل الناس ولا تعامل في الثياب (ومنها) أن لا يكون فيه أجل فان ضرب للاستصناع أجلا صار ساهما حتى يعتبر فيه شرائط السلم وهو قبض البدل في المجلس ولا خيار لواحد منهما اذا سلم الصانع المصنوع على الوجه الذي شرط عليه في السلم (وهذا) قول أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد هذا ليس بشرط وهو استصناع على كل حال ضرب فيه أجلا أو لم يضرب ولو ضرب للاستصناع فيما لا يجوز فيه الاستصناع كالثياب ونحوها اجلا ينقلب ساهما في قولهم جميعا (وجه) قولهما ان العادة جارية بضرب الاجل في الاستصناع وانما يقصد به تعجيل العمل لا تأخير المطالبة فلا يخرج به عن كونه استصناعا أو يقال قد يقصد بضرب الاجل تأخير المطالبة وقد يقصد به تعجيل العمل فلا يخرج العقد عن موضوعه مع الشك والاحتمال بخلاف ما لا يحتمل الاستصناع لأن ما لا يحتمل الاستصناع لا يقصد بضرب الاجل فيه تعجيل العمل فتعين ان يكون لتأخير المطالبة بالدين وذلك بالسلم ولا في حنيفة رضي الله عنه انه اذا ضرب فيه أجلا فقتل أي بمعنى السلم اذ هو عقد على مبيع في الذمة مؤجلا والعبارة في العقود لمعناها لا لصور الالفاظ ألا ترى ان البيع ينقضي بلفظ التمسك وكذا الاجارة وكذا النكاح على أصلنا (وهذا) صار ساهما فيما لا يحتمل الاستصناع كذا هذا ولأن التأجيل يخص بالدين لانه وضع لتأخير المطالبة وتأخير المطالبة إنما يكون في عقد فيه مطالبة وليس ذلك الا السلم اذ لا دين في الاستصناع ألا ترى ان لكل واحد منهما خيار الامتناع من العمل قبل العمل بالاتفاق ثم اذا صار ساهما راعى فيه شرائط السلم فان وجدت صح والا فلا

فصل وأما حكم الاستصناع فهو بثبوت الملك للمستصنع في العين المبيعة في الذمة وثبوت الملك للصانع في الثمن ما كان غير لازم على ماسند كره ان شاء الله تعالى

فصل وأما صفة الاستصناع فهي انه عقد غير لازم قبل العمل في الجانبين جميعا بخلاف حتى كان لكل واحد منهما خيار الامتناع قبل العمل كالبيع المشروط فيه الخيار للمبتاعين ان لكل واحد منهما القسوخ لأن القياس يقتضي أن لا يجوز لساقنا وانما عرفنا جوازه استحسانا لتعامل الناس بقبي اللزوم على أصل القياس (وأما) بعد الفراغ من العمل قبل أن يراه المستصنع فكذلك حتى كان للصانع ان يبيعه من شاء كذا ذكر في الاصل لأن العقد ما وقع على عين الممول بل على مثله في الذمة لانه لو اشترى من مكان آخر وسلم اليه جاز ولو باعه الصانع واراد المستصنع ان ينقض البيع ليس له ذلك ولو استهلكه قبل الرؤية فهو كالبائع اذا استهلك المبيع قبل التسليم كذا قال أبو يوسف فاما اذا حضر البائع العين على الصفة المشروطة فقد سقط خيار الصانع والمستصنع الخيار لأن

الصانع بائع مالم يره فلا خيار له واما المستصنع فمشتري مالم يره فكان له الخيار وانما كان كذلك لان المقود عليه وان كان معدوماً حقيقة فقد الحق بالموجود ليمكن القول بجواز العقد ولان الخيار كان ثابتاً لهما قبل الاحضار لمسا ذكرنا ان العقد غير لازم فالصانع بالاحضار اسقط خيار نفسه فبقى خيار صاحبه على حاله كالبيع الذي فيه شرط الخيار للعاقدين اذا أسقط احدهما خياره انه يبقى خيار الآخر كذا هذا (هذا) جواب ظاهر الرواية عن ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد رضى الله عنهم وروى عن ابي حنيفة رحمه الله ان لكل واحد منهما الخيار وروى عن ابي يوسف انه لا خيار لهما جميعاً (وجهه) رواية ابي يوسف ان الصانع قد افسد متاعه وقطع جلده وجاء بالعمل على الصفة المشروطة فلو كان للمستصنع الامتناع من اخذه لكان فيه اضرار بالصانع بخلاف ما اذا قطع الجلد ولم يعمل فقال المستصنع لا أر بدلانا لا ندرى ان العمل يقع على الصفة المشروطة او لا فلم يكن الامتناع منه اضراراً بصاحبه فثبت الخيار (وجهه) رواية ابي حنيفة رحمه الله ان في تخيير كل واحد منهما دفع الضرر عنه وانه واجب والصحيح جواب ظاهر الرواية لان في اثبات الخيار للصانع ما شرع له الاستصناع وهو دفع حاجة المستصنع لانه متى ثبت الخيار للصانع فكل ما فرغ عنه يتبعه من غير المستصنع فلا تندفع حاجة المستصنع وقول ابي يوسف ان الصانع يتضرر باثبات الخيار للمستصنع مسلم ولكن ضرر المستصنع بابطال الخيار فوق ضرر الصانع باثبات الخيار للمستصنع لان المصنوع اذا لم يلائمه وطول بئنه لا يمكنه بيع المصنوع من غيره بقيمة مثله ولا يتعذر ذلك على الصانع لكثرة ممارسته وانتصابه لذلك ولان المستصنع اذا غرم ثمنه ولم تندفع حاجته لم يحصل ما شرع له الاستصناع وهو اندفاع حاجته فلا بد من اثبات الخيار له والله سبحانه وتعالى الموفق فان سلم الى حداد حديداً ليعمل له اناء معلوماً بأجر معلوم او جلدأ الى خفاف ليعمل له خفأ معلوماً بأجر معلوم فذلك جائز ولا خيار فيه لان هذا ليس باستصناع بل هو استئجار فكان جائزاً فان عمل كما امر استحق الاجر وان افسد فله ان يضمه حديد أمثله لانه لم افسده فكانه اخذ حديدأ له واتخذ منه آنية من غيراذنه والثناء للصانع لان المضمونات تملك بالضمآن

كتاب الشفعة

الكلام في هذا الكتاب يقع في مواضع في بيان سبب ثبوت حق الشفعة وفي بيان شرائط ثبوت حق الشفعة وفي بيان ما يتأكد به حق الشفعة ويستقر وفي بيان ما يبطل به حق الشفعة بعد ثبوته وفي بيان ما يملك به المشفوع فيه وفي بيان طريق التملك وبيان كيفية وفي بيان شرط التملك وفي بيان ما يملك به وفي بيان التملك وفي بيان التملك منه وفي بيان حكم اختلاف الشفيع والمشتري وفي بيان الحيلة في ابطال الشفعة وفي بيان انها مكرهة ام لا (اما) سبب وجوب الشفعة فالكلام فيه في موضعين احدهما في بيان ماهية السبب والثاني في بيان كيفية (اما) الاول فسبب وجوب الشفعة احداً لاشياء الثلاثة الشركة في ملك المبيع والخلطة وهي الشركة في حقوق الملك والجوار وان شئت قلت احد الشفيعين الشركة والجوار ثم الشركة نوعان شركة في ملك المبيع وشركة في حقوقه كالشرب والطريق وهذا عند اصحابنا رضى الله عنهم وقال الشافعي السبب هو الشركة في ملك المبيع لا غير فلا تجب الشفعة عنده بالخلطة ولا بالجوار احتج بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال انما الشفعة في مالم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة فصدر الحديث اثبات الشفعة في غير المقسوم ونفيها في المقسوم لان كلمة انما لا تثبت المذكور ونفى ما عداه وآخره نفى الشفعة عند وقوع الحدود وصرف الطرق والحدود بين الجارين واقعة والطرق مصروفة فكانت الشفعة منفية ولان الاخذ بالشفعة تملك مال المشتري من غير رضاه وعصمة ملكه وكون التملك اضراراً يمنع من ذلك فكان ينبغي ان لا يثبت حق الاخذ اصلاً الا ان اعر فثابته فيما لم يقسم بالنص غير معقول المعنى فبقى الامر في المقسوم على الاصل او ثبت معلولاً بدفع ضرر خاص وهو ضرر القسمة لكونه ضرراً لازماً لا يمكن دفعه الا

بالشفعة فأما ضرر الجوار فليس بلازم بل هو ممكن الدفع بالرفع الى السلطان والمقابلة بنفسه فلا حاجة الى دفعه بالشفعة (ولنا) ما روى انه سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ارض بيعت وليس لها شريك ولها جار فقال عليه الصلاة والسلام الجار أحق بشفعتهما وهذا نص في الباب وروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال الجار أحق بصقبة والصقب الملاصق أى أحق بما يليه وبما يقرب منه وروى الجار أحق بشفعته وهذا نص في الباب ولأن حق الشفعة بسبب الشركة إنما يثبت لدفع اذى الدخيل وضرره وذلك متوقع الوجود عند الجوارورة فور ودالشرع هناك يكون ورودا هنا دلالة وتعليل النص بضرر القسمة غير سديد لأن القسمة ليست بضرر بل هي تكميل منافع الملك وهي ضرر غير واجب الدفع لأن القسمة مشروعة ولهذا لم تجب الشفعة بسبب الشركة في العروض دفعا لضرر القسمة (وأما) قوله يمكن دفع الضرر بالمقابلة بنفسه والمرافعة الى السلطان فنقول وقد لا يندفع بذلك ولو اندفع بالمقابلة والمرافعة في نفسها ضرر وضرر الجار السوء يكثر وجوده في كل ساعة فيبقى في ضرر دائم وأما الحديث فليس في صدره نفى الشفعة عن المقسوم لأن كلمة إنما لا تقتضي نفى غير المذكور قال الله تبارك وتعالى إنما أنا بشر مثلكم وهذا لا ينفي ان يكون غيره عليه الصلاة والسلام بشرا مثله وآخره حجة عليه لأنه علق عليه الصلاة والسلام سقوط الشفعة بشرطين وقوع الحدود وصرف الطرق والملاق بشرطين لا يترك عند وجود أحدهما وعنده يسقط بشرط واحد وهو وقوع الحدود وان لم تصرف الطرق ثم هو مؤول وتأويله فاذا وقعت الحدود فتباينت وصرفت الطرق فتباينت فلا شفعة أولا شفعة مع وجود من لم ينفصل حده وطريقه أو فلا شفعة بالقسمة كالأشفعة بالردي بخيار الرؤية لأن في القسمة معنى المبادلة فكان موضع الاشكال فأخبرناه لا شفعة ليزول الاشكال والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب (وأما) بيان كيفية السبب فالكلام فيه في موضعين أحدهما يعم حال انفراد الاسباب واجتماعها والثاني يخص حالة الاجتماع (أما) الذي يعم الحالين جميعا فهو ان السبب أصل الشركة لا قدرها وأصل الجوار لا قدره حتى لو كان للدار شريك واحدا وجار واحدا أخذ كل الدار بالشفعة كثر شركته وجواره أو قل وعلى هذا يخرج قول أصحابنا رضي الله عنهم في قسمة الشفعة بين الشركاء عند اتحاد السبب وهو الشركة أو الجوار انهما تنقسم على عدد الرؤوس لا على قدر الشركة وعند الشافعي رحمه الله على قدر الشركة في ملك المبيع حتى لو كانت الدار بين ثلاثة نفر لأحدهم نصفها ولآخر ثلثها ولا آخر سدسها فباع صاحب النصف نصيبه كانت الشفعة بين الباقيين نصفين عندنا على عدد الرؤوس وعنده اثلاثا ثلثاه لصاحب الثلث وثلثه لصاحب السدس على قدر الشركة (وجه) قوله ان حق الشفعة من حقوق الملك لأنه ثبت لتكامل منافع الملك فيتقدر بقدر الملك كالثمرة والغلة (ولنا) ان السبب في موضع الشركة أصل الشركة وقد استويا فيه فيستويان في الاستحقاق والدليل على ان السبب أصل الشركة دلالة الاجماع والمقول اما دلالة الاجماع فلان الشفيع اذا كان واحدا يأخذ كل الدار بالشفعة ولو كان السبب قدر الشركة لتقدر حق الاخذ بقدرها واما المعقول فلان حق الشفعة إنما يثبت لدفع اذى الدخيل وضرره والضرر لا يندفع الا بأخذ كل الدار بالشفعة فدل ان سبب الاستحقاق في الشركة هو أصل الشركة وقد استويا فيه فبعد ذلك لا يخلو اما ان يأخذ أحدهما الكل دون صاحبه واما ان يأخذ كل واحد منهما الكل لا سبيل الى الاول لأنه ليس أحدهما بأولى من صاحبه ولا سبيل الى الثاني لاستحالة تملك دار واحدة في زمان واحد من اثنين على الكمال فتتصرف بينهما عملا بكامل السبب بقدر الامكان ومثل هذا جائز فان من هلك عن ابنين كان ميراثه بينهما نصفين لأن نبوة كل واحد منهما سبب لاستحقاق كل الميراث الا انه لا يمكن اثبات الملك في مال واحد لكل واحد منهما على الكمال لتضايق المحل فينصف بينهما فكذا هذا وكذلك اذا كان لدار واحدة شفيعان جاران جوارهما على التفاوت بأن كان جوار أحدهما بخمسة اسداس الدار وجوار الآخر لسدسها كانت الشفعة بينهما نصفين لاستوائهما في سبب الاستحقاق وهو أصل الجوار وعلى هذا يخرج ما اذا كان للدار شفيعان فأسقط أحدهما الشفعة ان للآخر ان يأخذ كل الدار

بالشفعة لوجود سبب الاستحقاق للكل في حق كل واحد منهما وانما القسمة للتزاحم والتعارض على ما بينا فاذا اسقط احدهما زال التزاحم والتعارض فظهر حق الآخر في الكل فآخذ الكل وكذلك لو كان الشفعة جماعة فأسقط بعضهم حقه فالباقين ان يأخذوا الكل بالشفعة لما قلنا ولو كان للدار شفيهان واحد هما غائب فلا حضار ان يأخذ كل الدار بالشفعة لان سبب ثبوت الحق على الكمال وجد في حقه وقد تأكد حقه بالطلب ولم يعرف تأكد حق الغائب لانه محتمل يحتفل ان يطلب ويحتمل ان لا يطلب او يعرض فلم يقع التعارض والتزاحم فلا يمنع الحاضر من استيفاء حقه الثالث المتأكد بحق محتمل التأكد والعدم بل يقضى له بالكل عملاً بكامل السبب من غير تعارض بخلاف ما اذا كان لرجلين على رجل الف درهم فهلك الرجل وترك الف درهم واحد صاحبي الدين غائب انه لا يسلم الى الحاضر الا بمسماة لان هناك حق كل واحد منهما يساوي حق الآخر في التأكد فيقسم بينهما على السوية لوقوع التعارض والتزاحم وكذلك لو كان للدار شفعاء بعضهم غائب وبعضهم حاضر يقضى بالدار بين الحضور على عدد رؤسهم لما قلنا ولو جعل بعضهم نصيبه لبعض لم يصح جملة في حق غيره وسقط حق الجاعل وقسمت على عدد رؤس من بقي لان حق الشفعة مما لا يحتمل النقل لانه ليس بأمر ثابت في المحل فبطل الجمل في حق غيره وسقط حقه لكون الجمل دليل الاعراض وبقي كل الدار بين الباقين فيقسمونها على عدد الرؤس لما ذكرنا ولو كان احدهم حاضرا فاقضى له بكل الدار ثم جاء آخر يقضى له بنصف ما في يد الحاضر فان جاء ثالث يقضى له بثالث ما في يد كل منهما لوقوع التعارض والتزاحم لا يستواء الكل في سبب ثبوت الحق وتأكد حقه فيقسم بينهما على السوية ولو أخذ الحاضر الكل ثم قدم الغائب واراد ان يأخذ النصف فقال له الحاضر ان اسلم لك الكل فاما ان تأخذ او تدع فليس لذلك وللذي قدم ان يأخذ النصف لان القاضي لما قضى للحاضر بكل الدار تضمن قضاؤه بطلان حق الغائب عن النصف وصار الغائب مقضيا عليه في ضمن القضاء للحاضر بالكل فبعد ذلك وان بطل القضاء لكن الحق بعدما بطل لا يتصور عوده ولو قضى بالدار للحاضر ثم وجد به عيباً فردته ثم قدم الغائب فليس له ان يأخذ بالبيع الاول الا نصف الدار سواء كان الرد بالعيب بقضاء أو غير قضاء وسواء كان قبل القبض أو بعده لما ذكرنا انه لما قضى القاضي للحاضر بكل الدار بالشفعة فقد أبطل حق الغائب عن النصف وصار هو مقضيا عليه ضرورة القضاء على المشتري فبطلت شفעתه في هذا النصف فلا يحتمل العود سواء كان الرد بالعيب بقضاء أو غير قضاء لانه انما بطل حقه في النصف بالقضاء بالشفعة وبالرد بالعيب لا يتبين ان القضاء بالشفعة لم يكن وكذا يستوي فيه الرد قبل القبض وبعده لما قلنا ولو اراد الغائب ان يأخذ كل الدار بالشفعة برد الحاضر بالعيب ويدع البيع الاول ينظر ان كان الرد بغير قضاء فله ذلك لان الرد بغير قضاء بيع مطلق فكان يباع جديدا في حق الشفعة فآخذ الكل بالشفعة كما يأخذ بالبيع المبتداه كما ذكرنا ومحمد واطلق الجواب ولم يفصل بينا اذا كان الرد بالعيب قبل القبض او بعده من مشايخنا من قال ما ذكرنا من الجواب محمول على ما بعد القبض لان الرد قبل القبض بغير قضاء بيع جديد وبيع العقار قبل القبض لا يجوز على اصله وانما يستقيم اطلاق الجواب على اصل ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله (ومنهم) من قال يستقيم على مذهب الكل لان رضا الشفيع هنا غير معتبر لكونه مجبوراً في التملك فكان رضاه ملحقاً بالعدم وان كان بقضاء فليس له ان يأخذ لانه فسخ مطلق ورفع العقد من الاصل كانه لم يكن والاخذ بالشفعة يختص بالبيع ولو اطلع الحاضر على عيب قبل ان يقضى له بالشفعة فسلم الشفعة ثم قدم الغائب فان شاء اخذ الكل وان شاء ترك لان القاضي اذا لم يقض بالشفعة للحاضر لم يطل حق الغائب بل بقي في كل الدار لوجود سبب استحقاق الكل الا انه لم يظهر لزاحمة الحاضر في الكل والتسليم زالت المزاحمة فظهر حق الغائب في كل الدار . ولو رد الحاضر الدار بالعيب بعد ما قضى له بالشفعة ثم حضر شفيهان اخذاً ثلثي الدار بالشفعة والحكم في الاثنين والثلاث سواء يسقط حق الغائب بقدر حصة الحاضر لما قلنا وكذلك لو كان الشفيع الحاضر اشترى الدار من المشتري ثم حضر الغائب فان شاء أخذ كل الدار بالبيع الاول وان شاء اخذ كلها بالبيع

الثاني (أما) الأخذ بالبيع الأول فلان حق الحاضر في الشفعة قد بطل بالشراء من المشتري لكون الشراء منه دليل
الاعراض فزالت المزاومة الموجبة للقسمة فبقى حق الغائب في كل الدار فياً أخذ الكل بالبيع الأول ان شاء بخلاف
الشفيع اذا اشترى الدار المشفوعة من صاحبها انه لا تبطل شفعته لان البطالان بالاقدام على الشراء ولا حق له قبل
الشراء ليبطل به (واما) الأخذ بالبيع الثاني فلان البيع الثاني وجد ولا حق للحاضر في الشفعة لصيرورته معرضاً
بالشراء فيظهر حق الأخذ بالكل ولو كان المشتري الأول شفعاً للدار فاشترى الشفيع الحاضر منه ثم قدم الغائب
فان شاء أخذ نصف الدار بالبيع الأول وان شاء أخذ كلها بالبيع الثاني (اما) اخذ النصف بالبيع الأول فلان
المشتري الأول لم يثبت له حق قبل الشراء حتى يكون بشرائه معرضاً عنه فاذا باعه من الشفيع الحاضر لم يثبت للغائب
الامقدار ما كان يخصه بالمزاومة مع الأول وهو النصف وأما أخذ الكل بالعقد الثاني فلان السبب عند البيع الأول
اوجب الشفعة للكل في الدار وقد بطل حق الشفيع الحاضر بالشراء لكون الشراء دليل الاعراض فبقى حق
المشتري الأول والغائب في كل الدار فيقسم بينهما للتزام فياً أخذ الغائب نصف الدار بالبيع الأول ان شاء وان شاء
أخذ الكل بالعقد الثاني لان السبب عند العقد الثاني اوجب للشفيع حق الشفعة ثم بطل حق الشفيع الحاضر عند العقد
الأول ولم يتعلق باقدامه على الشراء الثاني بعقده حق لا عراضه فكان للغائب ان يأخذ كل الدار بالعقد الثاني ولو
كان المشتري الأول أجنبياً اشترى ألف فباعها من اجنبي بألفين ثم حضر الشفيع فالشفيع بالخيار ان شاء أخذ
بالبيع الأول وان شاء اخذ بالبيع الثاني لوجود سبب الاستحقاق وشرطه عند كل واحد من اليعين فكان له
الخيار فان اخذ بالبيع الأول سلم الثمن الى المشتري الأول والعهد عليه وينسخ البيع الثاني ويسترد المشتري الثاني
الثمن من الأول وان أخذ بالبيع الثاني تم البيعان جميعاً والعهد على الثاني غير أنه ان وجد المشتري الثاني والدار في يده
فله ان يأخذ بالبيع الثاني سواء كان المشتري الأول حاضراً أو غائباً وان أراد ان يأخذ بالبيع الأول فليس له ذلك حتى
يحضر المشتري الأول والثاني هكذا ذكر القاضي الامام الاسيحي في شرحه عليه الرحمة في شرحه مختصر الطحاوي
ولم يحك خلافاً وذكر الكرخي عليه الرحمة ان هذا قول أبي حنيفة ومحمد عليهما الرحمة وعند أبي يوسف رحمه الله
حاضرة الأول ليست بشرط وللشفيع أن يأخذ من الذي في يده ويدفع اليه الفأو يقال له اتبع الأول وخذ منه الفأو وان
كان الثاني اشترى ألف يؤخذ منه ويدفع اليه الفأو (وجه) قول أبي يوسف أن حق الشفعة حق متعلق بعين الدار فلا
يشترط لاستيفائه حاضرة المشتري (وجه) قولهما أن الاخذ من غير حاضرة المشتري الأول يكون قضاء على الغائب
لان الأخذ بالبيع الأول يوجب نفساخ البيع الأول على المشتري الأول على ما ندكره في موضعه ان شاء الله تبارك
وتعالى فيكون قضاء على الغائب من غير أن يكون عنه خصم حاضر وانه لا يجوز وقوله حق الشفعة متعلق بالعين ممنوع
بل لا حق في العين وانما الثابت حق التملك على المشتري فلا بد من حضرته ولو كان المشتري باع نصف الدار ولم يبيع
جميعها فجاء الشفيع وأراد أن يأخذ بالبيع الأول أخذ جميع الدار ويبطل البيع في النصف الثاني من المشتري الثاني
لان سبب استحقاق الجميع وشرطه موجود عند البيع الأول فاذا أخذ الكل بالبيع الأول انسخ البيع في النصف
الثاني من المشتري لانه تبين انه تقدم على حق الشفيع في قدر النصف وان أراد ان يأخذ النصف بالبيع الثاني فله
ذلك لان شرط الاستحقاق وهو البيع وجد في النصف وبطلت شفعته في النصف الذي في يد المشتري الأول
لوجود دليل الاعراض ولو كان المشتري لم يبيع الدار ولكنه وهبها من رجل أو تصدق بها على رجل وقبضها
الموهوب له أو المتصدق عليه ثم حضر الشفيع والموهوب له حاضر ان اخذها الشفيع بالبيع لا بهبة لان كون
العقد معاوضة من شرائط الاستحقاق على ما ندكره ان شاء الله تعالى ولا بد من حاضرة المشتري حتى لو حضر الشفيع
ووجد الموهوب له فلا خصومة معه حتى يجد المشتري فياً أخذها بالبيع الأول والثمن للمشتري وتبطل الهبة كذا
ذكر القاضي من غير خلاف وأما الكرخي فقد جعله على الخلاف الذي ذكرنا ان الذي في يده الدار وهو الموهوب له

لم يكن خصما عندهما وعند أبي يوسف يتكون خصما كافي البيع ولو وهب المشتري نصف الدار مقسوما وسلمه الى الموهوب له ثم حضر الشفيع وأراد أن يأخذ النصف الباقي بنصف الثمن ليس له ذلك ولكنه يأخذ جميع الدار بجميع الثمن أو يدع لان في أخذ البعض دون البعض تفریق الصفقة على المشتري وإذا أخذ الكل بطلت الهبة وكان الثمن كله للمشتري لا للموهوب له ولو اشترى داراً بألف ثم باعها بألفين فعلم الشفيع بالبيع الثاني ولم يعلم بالبيع الاول فأخذها بقضاء أو بغير قضاء ثم علم أن البيع الاول كان بألف فليس له أن ينقض أخذه لأنه لما أخذها بالبيع الثاني فقد ملكها وحق التمليك بالبيع الاول بعد ثبوت الملك له لا يتصور فسقط حقه في الشفعة في البيع الاول ضرورة ثبوت الملك له والثابت ضرورة يستوى فيه العلم والجهل فان اشتراها بألف ثم زاده في الثمن القأ فعلم الشفيع بالألفين ولم يعلم ان الألف زيادة فأخذها بألفين فاذا أخذ بقضاء القاضي ابطال القاضي الزيادة وقضى له بالألف لان الزيادة غير ثابتة شرعاً في حق الشفيع فكان القضاء بالزيادة قضاء بما ليس بثابت فيبطلها القاضي وان أخذها بغير قضاء فليس له أن ينقض أخذه لان الأخذ بغير قضاء بمنزلة شراء مبتدأ فسقط حقه في الشفعة ولو كان المشتري حين اشتراه بألف ناقضه البيع ثم اشتراه بألفين فأخذ الشفيع بألفين ولم يعلم بالبيع الاول ثم علم به لم يكن له أن ينقضه سواء كان بقضاء أو بغير قضاء لانه اجتمع بيعان لا يمكن الأخذ بهما فاذا أخذ بأحدهما انتقض الآخر والله عز وجل أعلم وإذا كان للدار جاران أحدهما غائب والآخر حاضر فخاصم الحاضر الى قاض لا يرى الشفعة بالجوار فأبطل شفעתه ثم حضر الغائب فخاصمه الى قاض يرى الشفعة قضى له بجميع الدار لان قضاء القاضي الاول صادف محل الاجتهاد فنفذ وبطلت شفعة الحاضر فبقى حق الغائب في كل الدار لوجود سبب استحقاق الكل في أخذ الكل بالشفعة ولو كان القاضي الاول قال ابطلت كل الشفعة التي تتعلق بهذا البيع لم تبطل شفعة الغائب كذا قاله محمد وهو صحيح لانه قضاء على الغائب وانه لا يجوز والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) الذي يخص حالة الاجتماع فهو ان اسباب استحقاق الشفعة اذا اجتمعت راعى فيها الترتيب فيقدم الأقوى فالأقوى فيقدم الشريك على الخليط والخليط على الجار لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال الشريك أحق من الخليط والخليط أحق من غيره ولان المؤثر في ثبوت حق الشفعة هو دفع ضرر الدخيل وأذاه وسبب وصول الضرر والذى هو الاتصال والاتصال على هذه المراتب فالأصل الاتصال بالشركة في عين المبيع أقوى من الاتصال بالخلط والاتصال بالخلط أقوى من الاتصال بالجوار والترجيح بقوة التأثير ترجيح صحيح فان سلم الشريك وجبت للخليط وان اجتمع خليطان يقدم الاخص على الاعم وان سلم الخليط وجبت للجار لما قلنا وهذا جواب ظاهر الرواية وروى عن أبي يوسف انه اذا سلم الشريك فلا شفعة لغيره (وجه) رواية أبي يوسف ان الحق عند البيع كان للشريك لا لغيره الا ترى أن غيره لا يملك المطالبة فاذا سلم سقط الحق أصلاً والصحيح جواب ظاهر الرواية لان كل واحد من هذه الاشياء الثلاثة سبب صالح للاستحقاق الا أنه يرجح البعض على البعض لقوة التأثير على ما بينا فاذا سلم الشريك التحقت شركته بالعدم وجمعت كأنها لم تكن فیراعى الترتيب في الباقي كالأول واجتمعت الخلطة والجوار ابتداء وبيان هذا في مسائل دار بين رجلين في سكة غير نافذة طريقها من هذه السكة باع أحدهما نصيبه فالشفعة لشريكه لان شركته في عين الدار وشركة أهل السكة في الحقوق فكان الشريك في عين الدار أولى بالشفعة فاذا سلم فالشفعة لأهل السكة كلهم يستوى فيه الملاصق وغير الملاصق لانهم كلهم خلطاء في الطريق فان سلموا فالشفعة للجار الملاصق وعلى ما روى عن أبي يوسف اذا سلم الشريك سقطت الشفعة أصلاً ولو انشعبت من هذه السكة سكة أخرى غير نافذة فيبعت دارها فالشفعة لأهل هذه السكة خاصة لان خلطة أهل هذه السكة السفلى أخص من خلطة أهل السكة العليا ولو بيعت دار في السكة العليا استوى في شفعتها أهل السكة العليا وأهل السكة السفلى لان خلطتهم في السكة العليا سواء فيستوون في الاستحقاق وقال محمد رحمه الله أهل الدرب يستحقون الشفعة بالطريق اذا كان ملكهم او كان فناء غير مملوك أما اذا كان ملكهم فظاهر

لوجود الخلطة وهي الشركة في الطريق وأما إذا كان فناء غير مملوك فلا ينهم أخص به من غيرهم فكان في معنى المملوك وان كانت السكة نافذة فبيعت دار فيها فلا شفعة إلا للجار الملاصق لأن الشركة العامة باحة معنى لما قلنا وان كان مملوكا فهو في حكم غير النافذ والطريق النافذ الذي لا يستحق به الشفعة ما لا يملك أهله سده لأنه إذا كان كذلك يتعلق به حق جميع المسلمين فكانت شركته عامة فيشبهه الباحة وعلى هذا يخرج النهر إذا كان صغيرا يسقى منه أراضي معدودة أو كروم معدودة فيبيع أرض منها أو كرم أن الشركاء في النهر كلهم شفعاء يستوي الملاصق وغير الملاصق لاستوائهم في الخلطة وهي الشركة في الشرب وان كان النهر كبيرا فالشفعة للجار الملاصق بمنزلة الشوارع واختلف في الحد الفاصل بين الصغير والكبير قال أبو حنيفة ومحمد رحمهم الله إذا كان تجري فيه السفن فهو كبير وان كان لا تجري فهو صغير وروى عن أبي يوسف رحمه الله أنه قال لا يستطيع أن أحد هذا يجد هو عندى على ما أرى حين يقع ذلك وروى عن أبي يوسف رحمه الله رواية أخرى أنه ان كان يسقى منه مرأحان أو ثلاثة أو بستانان أو ثلاثة ففيه الشفعة وما زاد على ذلك فلا كذا ذكر الكرخي رضى الله عنه الاختلاف بين أصحابنا والقاضي لم يذكر خلافا فيهم وإنما ذكر اختلاف المشايخ رحمهم الله قال بعضهم ان كان شركاء النهر بحيث يحصون فهو صغير وان كانوا لا يحصون فهو كبير وقال بعضهم ان كانوا مائة فدونهم فهو صغير وان كانوا أكثر من مائة فهو كبير وقال بعضهم هو مفوض الى رأى القاضي فان رأى صغيرا قضى بالشفعة لاهله وان رأى كبيرا قضى بالجار الملاصق ولو نزع من هذا النهر نهر آخر فيه أرضون أو بساتين وكروم فيبيع أرض أو بستانا شرب به من هذا النهر التازع فأهل هذا النهر أحق بالشفعة من أهل النهر الكبير ألا ترى انهم مختصون بشرب النهر التازع فكانوا أولى كما في السكة المنشعبة من سكة غير نافذة ولو بيعت أرض على النهر الكبير كان أهله وأهل النهر التازع في الشفعة سواء لاستوائهم في الشرب قال محمد رحمه الله في قراح واحد في وسط ساقية جارية شرب هذا القراح منها من الجانبين فيبيع القراح فباع شفعيان أحدهما إلى هذه الناحية في القراح والآخر إلى الجانب الآخر قال هما شفعيان في القراح وليست الساقية بمائلة لأن الساقية من حقوق هذا القراح فلا يعتبر فاصلا كالحائط الممتد ولو كانت هذه الساقية بجوار القراح ويشرب منها ألف جريب من هذا القراح فأصحاب الساقية أحق بالشفعة من الجار لأنهم شركاء في الشرب والشريك مقدم على الجار لما مر والله سبحانه وتعالى أعلم وعلى هذا يخرج ما روى عن أبي يوسف أنه قال في دار بين رجلين ورجل فيهما طريق فباع أحدهما نصيبه من الدار ان الشريك أحق بالشفعة من صاحب الطريق لأن الشريك في عين العدة أحق من الخليل وكذلك اذا كانت الدار بين رجلين ولا حد ما حائط بأرضه في الدار بينهما وبين آخر فباع الذي له شرك في الحائط نصيبه من الدار والحائط فالشريك في الدار أحق بشفعة الدار والشريك في الحائط أولى بالحائط لأن الشريك في الحائط ليس بشريك في الدار بل هو جار لبقية الدار والشريك مقدم على الجار وكذلك دار بين رجلين ولا حد هما بئر في الدار بينهما وبين آخر فباع الذي له شرك في البئر نصيبه من الدار والبئر فالشريك في الدار أحق بشفعة الدار والشريك في البئر أحق بالبئر لأن الشريك في البئر جار لبقية الدار والشريك مقدم على الجار وكذلك سفلى بين رجلين ولا حد هما علو عليه بينهما وبين آخر فباع الذي له نصيب في السفلى والعلو نصيبه فلشريك في السفلى الشفعة في السفلى ولشريك في العلو الشفعة في العلو ولا شفعة لشريك في السفلى في العلو ولا لشريك في العلو في السفلى لأن شريك في السفلى جار للعلو وشريك في حقوق العلو وان كان طريق العلو فيه ليس بشريك له في العلو والشريك في عين البقعة أو ما هو في معنى البقعة مقدم على الجار والشريك في الحقوق وشريك في العلو جار للسفلى أو شريك في الحقوق اذا كان طريق العلو في تلك الدار ولا شركة له في عين البقعة فكان الشريك في عين البقعة أولى ولو كان لرجل علو على دار وطريقه فيها وبقية الدار لا آخر فباع صاحب العلو بطريقه فالقياس لأن الشفعة لصاحب السفلى في العلو وفي الاستحسان تجب (وجهه) القياس ان من شرائط وجوب الشفعة ان يكون المبيع عقارا والعلو

منقول فلا تجب فيه الشفعة كما لا تجب في سائر المتقولات (وجه) الاستحسان ان العلو في معنى العقار لان حق البناء على السفلى حق لازم لا يمتثل البطان فأشبه العقار الذي لا يمتثل الهلاك فكان ملحقاً بالعقار فيعطى حكمه ولو كان طريق هذا العلو في دار وجعل آخر فيبيع العلو فصاحب الدار التي فيها الطريق أولى بشفعة العلو من صاحب الدار التي عليها العلو لان صاحب الدار التي فيها الطريق في الحقوق وصاحب الدار التي عليها العلو جار والشريك مقدم على الجار فان سلم صاحب الطريق الشفعة فان لم يكن للعلو جار ملاصق أخذه صاحب الدار التي عليها العلو بالجوار لانه جاره وان كان للعلو جار ملاصق أخذه بالشفعة مع صاحب السفلى لانهما جاران وان لم يكن جار العلو ملاصقاً وبين العلو وبين مسكنه طائفة من الدار فلا شفعة له لانه ليس بجار ولو باع صاحب السفلى السفلى كان صاحب العلو شفعياً لانه جاره وليس شريكاً وهو كدارين متجاورتين لا حدهما خشب على حائط الآخر ان صاحب الخشب لا يستحق الا بالجوار ولا يستحق بالخشب شيئاً ولو بيعت الدار التي فيها الطريق العلو فصاحب العلو أولى بشفعة الدار من الجار لانه شريك في الحقوق فكان مقدماً على الجار وروى عن أبي يوسف أنه قال في بيت عليه غرفتان احدهما فوق الاخرى ولكل غرفة طريق في دار أخرى وليس بينهما شركة في الطريق فباع صاحب البيت الاوسط بينهما وسلم صاحب الطريق فالشفعة لصاحب العلو ولصاحب السفلى جميعاً لا استواءهما في الجوار فان باع صاحب العلو كانت الشفعة للاوسط دون الاسفل لان الجوار له لا للاسفل وعلى هذا يخرج ما روى عن أبي يوسف انه قال في دار فيها مسيل ماء لرجل آخر فبيعت الدار كانت له الشفعة بالجوار لا بالشركة وليس المسيل كالشرب لان صاحب المسيل مختص بمسيل الماء لا شركة للاخر فيه فصاحب الحائط لصاحب احدي الدارين في الاخرى ولو أن حائطاً بين دارين رجلين والحائط بينهما فصاحب الشريك في الحائط أولى بالحائط من الجار وبقية الدار يأخذها بالجوار مع الجار بينهما هكذا روى عن أبي يوسف وزفر رحمهما الله وروى عن أبي يوسف رواية أخرى ان الشريك في الحائط أولى بجميع الدار (وجه) هذه الرواية ان الشريك في الحائط شريك في بعض المبيع فكان أولى من الجار الذي لا شركة له كالشريك في الشرب والطريق (وجه) الرواية الاولى ان الشريك في الحائط شريك لكن في بقعة معينة وهي ماتحت الحائط لا في بقية الدار بل هو جار في بقية الدار فكان أولى بما هو شريك فيه وبقية الدار بينهما وبين الجار الآخر لا استواءهما في الجوار وكذلك الدار لرجل فيها بيت بينهما وبين غيره فباع الرجل الدار وطلب الجار الشفعة وطلبها الشريك في البيت فصاحب الشركة في البيت أولى بالبيت وبقية الدار بينهما نصفان قال الكرخي عليه الرحمة وأصح الروايات عن أبي يوسف ان الشريك في الحائط أولى ببقية الدار من الجار لما ذكرنا من تحقق الشركة في نفس المبيع والشريك مقدم على الجار قال وعن محمد مسألة تدل على ان الشريك في الحائط أولى فانه قال في حائط بين دارين لكل واحد منهما عليه خشبة ولا يعلم ان الحائط بينهما الا بالخشبة فبيعت احدي الدارين قال فان أقام الآخر بينة ان الحائط بينهما فهو أحق من الجار لانه شريك وان لم يقيم بينة لم يجعله شريكاً وقوله أحق من الجار أي أحق بالجميع لا بالحائط خاصة وهذا هو مقتضى ظاهر هذا الاطلاق وروى عن أبي يوسف فيمن اشترى حائطاً بأرضه ثم اشترى ما بقي من الدار ثم طلب جار الحائط الشفعة فله الشفعة في الحائط ولا شفعة له فيما بقي من الدار لانه لم يكن جاراً لبقية الدار وقت البيع اذ الحائط حائل بين ملكه وبقية الدار فلا تجب الشفعة له وروى عن أبي يوسف في دار بين رجلين لرجل فيها طريق فباع أحدهما نصيبه من الدار فشرى بكمه في الدار احق بالشفعة في الدار ولصاحب الطريق الشفعة في الطريق لان الطريق اذا كان معينا كان بمنزلة الحائط على ما ذكرنا وهذا على الرواية التي تقول الشريك في الحائط جار في بقية الدار على ما ذكرنا فيما تقدم والله أعلم

* (فصل) * وأما شرائط وجوب الشفعة فانواع (منها) عقد المعاوضة وهو البيع أو ما هو في معناه فلا تجب الشفعة

فيا ليس يبيع ولا بمعنى البيع حتى لا تجب بالهبة والصدقة والميراث والوصية لان الاخذ بالشفعة يملك على المأخوذ منه
 مثل مملك هو فاذا انعدم معنى المعاوضة فلو أخذ الشفيع فاما ان يأخذ بالقيمة واما ان يأخذ بجانا بلا عوض
 لا سبيل الى الاول لان المأخوذ منه لم يملك بالقيمة ولا سبيل الى الثاني لان الحسد على التبرع ليس بمشروع فامتنع
 الاخذ أصلا وان كانت الهبة بشرط العوض فان تقابضوا حلت الشفعة لوجود معنى المعاوضة عند التقابض وان
 قبض أحد هما دون الآخر فلا شفعة عند أصحابنا الثلاثة وعند من عجب الشفعة بنفس العقد وهذا بناء على أصل
 وهو ان الهبة بشرط العوض عندنا تبرع ابتداء معاوضة انتهاء وعند معاوضة ابتداء وانتهاء ودلائل هذا الاصل في
 كتاب الهبة نذكرها هناك ان شاء الله تعالى ولو وهب عقاراً من غير شرط العوض ثم ان الموهوب له عوضه من ذلك
 داراً فلا شفعة في الدارين لافي دار الهبة ولا في دار العوض لان اعطاء دار العوض هبة مبتدأة الا انها اختصت
 بالمنع من الرجوع الا أن تكون عوضاً حقيقة بدليل انه لو وهب عشرة دراهم فعوضه بخمسة جاز ولو كان عوضاً حقيقة
 لمساجز لانه يكون بأدل ان الثاني ليس بعوض عن الاول حقيقة فلم يكن هذا معاوضة بل كان هبة مبتدأة فلم تجب به
 الشفعة وتجب الشفعة في الدار التي هي بدل الصالح سواء كان الصالح على الدار عن اقرار أو اسكار أو سكوت لوجود
 معنى المعاوضة (أما) في الصالح عن اقرار فظاهر لان المدعى ملك المدعى في حق المدعى والمدعى عليه فكانت الدار
 التي هي بدل الصالح عوضاً عن ملك ثابت في حقهما جميعاً فيتحقق معنى المعاوضة في هذا الصالح (وأما) في الصالح عن
 انكار فلان عند المدعى انه أخذ الدار عوضاً عن ملكه الثابت فكان الصالح معاوضة في حقه وكان للشفيع فيها حق
 الشفعة وكذا في الصالح عن سكوت المدعى عليه لان المدعى ان كان محققاً في دعواه كان بدل الصالح عوضاً عن ملكه
 حقيقة وان كان مبطلاً كان عوضاً عن ملكه في زعمه فيتحقق معنى المعاوضة في زعمه وكذا تجب الشفعة في الدار
 المصالح عنها عن اقرار لوجود معنى المعاوضة في هذا الصالح من الجانبين جميعاً (وأما) عن انكار فلا تجب به الشفعة
 لان في زعم المدعى عليه ان الدار المدعاة ملكه وانما بذل المال لدفع الخصومة الباطلة فلا يتحقق معنى المعاوضة في
 حقه فلم يكن للشفيع أن يأخذها منه بالشفعة للحال ولكنه يقوم مقام المدعى في اقامة الحجج فان أقام البينة على صاحب
 اليد ان الدار كانت للمدعى أو حلف المدعى عليه فتكل فله الشفعة لانه تبين ان الصالح وقع معاوضة حقيقة وان لم يتم
 له الحجج فلا شفعة له وكذلك لا تجب الشفعة في الدار المصالح عنها عن سكوت لان المدعى ان كان محققاً في دعواه كان
 الصالح معاوضة فتجب الشفعة وان كان مبطلاً لم يكن معاوضة في حق المدعى عليه فلا تجب الشفعة مع الاحتمال
 لان الحكم كما لا يثبت بدون شرطه لا يثبت مع وجود الشك في شرطه لان غير الثابت يبين لا يثبت بالشك ولو
 كان بدل الصالح منافع فلا شفعة في الدار المصالح عنها سواء كان الصالح عن انكار أو اقرار لان بدل الصالح ليس بعين
 مال فلم يكن هذا الصالح معاوضة عين المال بين المال وهذا من شرائط ثبوت الشفعة على ما ذكره ان شاء الله تعالى
 ولو اصابه حادثة على أن يأخذ المدعى عليه الدار ويعطيه داراً أخرى فان كان الصالح عن انكار تجب في كل واحدة
 من الدارين الشفعة بقيمة الدار الاخرى لان الصالح اذا كان عن انكار كان الصالح على معاوضة دار بدار وان
 كان عن اقرار لا يصح الصالح ولا تجب الشفعة في الدارين جميعاً لانهما جميعاً ملك المدعى ولو اشترى داراً فسلم
 الشفيع الشفعة ثم رد المشتري الدار بخيار رؤية أو شرط قبل القبض أو بعده فأراد الشفيع أن يأخذ الدار
 بالشفعة بسبب الرد لم يكن له ذلك لان الرد بخيار الرؤية والشرط ليس في معنى البيع الا ترى انه يرد من غير رضا
 البائع بل هو فسخ محض في حق الكل ورفع العقد من الاصل كانه لم يكن فيعود اليه قديم ملكه فلم يتحقق معنى
 البيع فلا تجب الشفعة وكذا لو رد عليه ببيع قبل القبض أو بعده بقضاء القاضى لان الرد بقضاء القاضى فسخ
 مطلق وان كان بشير قضاء القاضى فلا شفيع الشفعة لان الرد بشير قضاء يبيع جديد في حق ثالث وكذا الاقالة قبل
 القبض أو بعده لانها يبيع جديد في حق ثالث ولا تجب الشفعة في القسمة وان كان فيها معنى المعاوضة لانها ليست

بمعاوضة محضة بل فيها معنى الاقرار والتميز ألا ترى انه يجري فيها الجبر فلم تكن معاوضة مطلقة فلا تجب فيها الشفعة كما اذا صالح عن دم عمد على دارانه لا تجب الشفعة (ومنها) معاوضة المال بالمال فلا تجب في معاوضة المال بغير المال لان الاخذ بالشفعة تملك بمثل ما تملك به المشتري فلو وجبت في معاوضة المال بغير المال فاما أن يأخذ بما تملك به المشتري ولا سبيل اليه لانه تملك بالقصاص واما أن يأخذ بقيمة الدار ولا سبيل اليه أيضاً لان المشتري لم يملك به فامتنع التملك أصلاً وعلى هذا يخرج ما اذا صالح عن دم العمد على دارانه لا تجب الشفعة لان القصاص ليس بمال فلم توجد معاوضة المال بالمال وكذا لو صالح من جنابة توجب القصاص فيما دون النفس على داره لمالقلنا ولو صالح من جنابة توجب الارش دون القصاص على دار تجب فيها الشفعة بالارش لوجود معاوضة المال بالمال وكذا لو اعتق عبد أعلى داره لان العتق ليس بمال فلم توجد معاوضة المال بالمال (ومنها) معاوضة عين المال بعين المال فلا تجب في معاوضة عين المال بمال ليس بعين المال لاذكر ان التملك بما تملك به المشتري غير ممكن والتملك بعين المال ليس بملك بما تملك به المشتري فامتنع أصلاً وعلى هذا يخرج ما اذا جعل الدار مهرأ بأن تزوج على دار أو جعلها بدل الخلع بأن خالع امرأته على دار أو جعلها أجرة في الاجارات بأن استأجر داره لان هذا معاوضة المال بالمنفعة لان حكم الاجارة ثبت في المنفعة وكذا حكم النكاح وهو الصحيح على ما عرف في مسائل النكاح من الخلاف والمنفعة ليست بمال وهذا عند أصحابنا رحمهم الله وقال الشافعي رحمه الله هذا ليس بشرط وتجب الشفعة في هذه المواضع فيأخذها الشفيع بقيمة البضع وهي مهر المثل في النكاح والخلع وفي الاجارة بأجرة المثل (وجه) قوله ان الاخذ بالشفعة تملك بمثل ما تملك به المشتري عند الامكان وعند التعذر تقام قيمته بمقامه ألا ترى انه لو اشترى داراً بعد فالشفيع يأخذها بقيمة العبد للتعذر الاخذ بمثله اذ لا مثل له فتقوم قيمته بمقامه كذا هيها والمنافع تتقوم بالعقد بخلاف فتقام قيمة العوض مقامه (ولنا) ان المنافع في الاصل لا قيمة لها على أصول أصحابنا والاصل فيها أن لا تكون مضمونة لان الشيء يضمن بمثله في الاصل والعرض لا يضمن العين ولهذا قالوا انها لا تضمن بالنصب والاتلاف الا انها تتقوم بالعقد بطريق الضرورة ولحاجة الناس فبقى ما وراء ذلك على الاصل فلا يظهر تقومها في حق الشفيع ولو تزوج امرأة على دار على أن ترد المرأة عليه ألقاً فلا شفعة في شيء من الدار عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تجب الشفعة في حصة الالف (وجه) قوله ان الدار بعضها مهر وبعضها مبيع فلتنجز تعذر ايجاب الشفعة في حصة المهر أمكن ايجابها في حصة المبيع فتجب في حصته (وجه) قول أبي حنيفة رحمه الله انه لا يمكن ايجاب الشفعة في حصة المبيع الا بعد قسمة الدار وفي قسمتها تقويم المنافع ولا قيمة لها الا عند الضرورة وعلى ما بينا ولان المهر في الدار هو الاصل لانها انما دفعت الالف لتسلم لها الدار فاذا لم تثبت الشفعة في الاصل فكيف تجب في التابع ولو تزوجها على مهر مسمى ثم باع داره من المرأة بذلك المهر أو تزوجها بغير مهر مسمى ثم باع داره من المرأة بمهر المثل تجب فيها الشفعة لان هذا مبيع مبتدأ فتجب به الشفعة ولو تزوجها على دار أو تزوجها على غير مسمى ثم فرض لها داره مهر لا تجب فيها الشفعة لان الفرض منه ليس يبيع بل هو تقدير المهر فلا تجب الشفعة (ومنها) أن يكون المبيع عقاراً أو ما هو بمناءه فان كان غير ذلك فلا شفعة فيه عند عامة العلماء رضي الله عنهم وقال مالك رضي الله عنه هذا ليس بشرط وتجب الشفعة في السفن (وجه) قوله أن السفينة أحد المسكنين فتجب فيها الشفعة كما تجب في المسكن الآخر وهو العقار ولنا ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لا شفعة الا في ربع أو حائط لان الشفعة في العقار ما وجبت لكونه مسكناً وانما وجبت لخوف أذى الدخيل وضرره على سبيل الدوام وذلك لا يتحقق الا في العقار ولا تجب الا في العقار أو ما في مناءه وهو العلو على ما نذكره ان شاء الله تعالى سواء كان العقار مما يحتل القسمة أولاً لا يحتلها كالحمام والرحا والبئر والنهر والعين والدور الصغار عند أصحابنا رحمهم الله وقال الشافعي رحمه الله لا تجب الشفعة الا في عقار يحتل القسمة والكلام فيه يرجع الى أصل تقدم ذكره وهو

ان الشفعة عندنا وجبت معلولة بدفع ضرر الدخيل وأذاه على سبيل الزوم وذلك يوجد فيما يحتمل القسمة وفيما لا يحتمل القسمة على السواء وعنده وجبت معلولة بدفع ضرر خاص وهو ضرر القسمة فلا يتعدى الى ما لا يحتمل القسمة وهذا مع انه لتعليل لمنع التعدية قدأ بطلناه فيما تقدم وروى عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال انما الشفعة فيما لم يقسم من غير فصل واذا بيع سفل عقار دون علوه أو علو دون سفله أو بيعا جميعا وجبت الشفعة أما السفل فلا شك فيه لانه عقار وأما العلو بدون السفل فتجب فيه الشفعة اذا كان العلوقا استحسانا لان حق البناء على السفل متعلق به على سبيل التأيد فصار بمعنى العقار فتجب فيه الشفعة ولو انهم العلم ببيع السفل وجبت الشفعة لصاحب العلو عند أبي يوسف وعند محمد لا شفعة له ذكره محمد في الزادات (وجه) قول أبي يوسف ان البناء وان بطل حق البناء قائم وانه حق متعلق بالبقعة على سبيل الاستقرار والتأيد فكان بمنزلة البقعة (وجه) قول محمد ان الشفعة انما تجب اما بالشركة في الملك أو بالحق أو بحوار الملك ولم يوجد شيء من ذلك أما الشركة فظاهر الانقضاء وكذا الجوار لان الجوار كان بالبناء وقد زال البناء فلا تجب الشفعة وذكر في الزادات فيمن باع علوا فاحترق قبل التسليم بطل البيع هكذا ذكر ولم يحسك خلافا من مشايخنا رحمهم الله من قال هذا قوله (فأما) على أصل أبي يوسف ينبغي أن لا يبطل لانه يعمل في حق البناء بمنزلة العرصه فصار كانه باع العرصه مع البناء فاحترق البناء (ومنها) زوال ملك البائع عن المبيع لان الشفع يملك المبيع على المشتري بمثل ما ملك به فاذا لم يزل ملك البائع استحال تملك المشتري فاستحال تملك الشفع فلا تجب الشفعة في المبيع بشرط خيار البائع لان خياره يمنع زوال المبيع عن ملكه حتى لو أسقط خياره وجبت الشفعة لانه تبين ان المبيع زال عن ملكه من حين وجود المبيع ولو كان الخيار للمشتري تجب الشفعة لان خياره لا يمنع زوال المبيع عن ملك البائع وحق الشفعة يقف عليه ولو كان الخيار لهما لم تجب الشفعة لاجل خيار البائع ولو شرط البائع الخيار للشفع فلا شفعة له لان شرط الخيار للشفع شرط لنفسه وانه يمنع وجوب الشفعة فان اجاز الشفع البيع جاز البيع ولا شفعة له لان البيع تم من جهته فصار كانه باع ابتداء وان فسخ البيع فلا شفعة له لان ملك البائع لم يزل والحيلة للشفع في ذلك أن لا يفسخ ولا يجزى حتى يجزى البائع أو يجوز هو بمضى المدة فتكون له الشفعة وخيار العيب والرؤية لا يمنع وجوب الشفعة لانه لا يمنع زوال ملك البائع (ومنها) زوال حق البائع فلا تجب الشفعة في المشتري شراء فاسد لأن للبائع حق النقض والرد الى ملكه رد الفاسد وفي ايجاب الشفعة تقرير الفساد حتى لو سقط حق الفسخ بأسباب مسقطه للفسخ كالزيادة زوال ملك المشتري ونحو ذلك كان للشفع أن يأخذ بالشفعة لان المانع قيام الفسخ وقد زال كماله باع بشرط الخيار له ثم أسقط الخيار وجبت الشفعة لزوال المانع من الوجوب وهو الخيار فكذا هذا ولو باعها المشتري شراء فاسدا أصحها فناء الشفع فهو بالخيار ان شاء أخذها بالبيع الاول وان شاء أخذها بالبيع الثاني لان حق الشفع ثابت عند كل واحد من البيعين لوجود سبب الثبوت عند كل واحد منهما وشراؤه فكان له الخيار غير انه ان أخذ بالبيع الثاني أخذ بالثمن وان أخذ بالبيع الاول أخذ بقيمة المبيع يوم القبض لان الشفع يملك بما تملك به المشتري والمشتري الثاني تملك بالثمن لان البيع الثاني صحيح والبيع الصحيح يفيد الملك بالمسمى وهو الثمن والمشتري الاول تملك المبيع بقيمته لان البيع الفاسد يفيد الملك بقيمة المبيع لا بالثمن وانما تعتبر قيمته يوم القبض لان المبيع يباع فاسدا مضمون بالقبض كالمفصوب وعلى هذا الاصل يخرج قول أبي حنيفة رضي الله عنه فيمن اشترى أرضا شراء فاسدا فبني عليها ثبث للشفع حق الشفعة لان حق البائع في القبض قد زال بالبناء وبطل فزال المانع من وجوب الشفعة وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لا يثبت لان حق البائع لم يبطل بالبناء فكان المانع قائما وعلى هذا يخرج قول أبي حنيفة رحمه الله في المريض اذا باع الدار من وارثه بمثل قيمتها وشفيعها أجني انه لا شفعة له لان بيع المريض مرض الموت عيناً من أعيان ماله لو ارثه فاسد عنده الا اذا جازا ورثه وان كان بمثل القيمة ولا شفعة له في البيع الفاسد الا اذا جاز فتجب الشفعة ولو باعها من أجني بمثل قيمتها والوارث شفيعها لا شفعة للوارث عنده

أيضاً لأنه يصير كأنه باعها من الوارث ابتداءً لتحول ملك الصفقة إليه أو لتقدير صفقة أخرى مع الوارث وذلك فاسد عنده وعندهما بحسب الشفعة للوارث لأن العقد جائز هذا إذا باع بمثل القيمة فأما إذا باع وحاشي بأن باعها بالعين وقيمتها ثلاثة آلاف فان باعها من الوارث وشفيعها أجنبي فلا شك أنه لا شفعة عند أبي حنيفة عليه الرحمة لأن بيعها من الوارث بمثل القيمة فاسد عنده فبالحاجة أولى ولا شفعة في البيع الفاسد وعندهما البيع جائز ولكن يدفع قدر الحاجة فحب الشفعة ولو باع من أجنبي فكذلك لا شفعة للوارث عند أبي حنيفة رحمه الله لأن الشفيع يأخذها بتلك الصفقة بالتحويل إليه أو بصفقة مبتدأة مقدرة بينهما فكان بيعاً من الوارث بالحاجة وسواء أجازت الورثة أو لم يجزوا لأن الإجازة محلها العقد الموقوف والشراء وقع نافذاً من المشتري لأن الحاجة قدر الثلث وهي نافذة من الأجنبي فلفت الإجازة في حق المشتري فلتغوى في حق الشفيع أيضاً وأما عندهما فقد اختلفت الروايات فيه في رواية كتاب الشفعة من الأصل والجامع لا شفعة له وفي رواية كتاب الوصاية بالشفعة وهي من مسائل الجامع تعرف ثمة أن شاء الله تعالى (ومنها) ملك الشفيع وقت الشراء في الدار التي يأخذها بالشفعة لأن سبب الاستحقاق جواز الملك والسبب إنما ينقد سبباً عند وجود الشرط والانعقاد أمر زائد على الوجود فإذا لم يوجد عند البيع كيف ينقد سبباً فلا شفعة له بدار يسكنها بالاجارة والاعارة ولا بدار باعها قبل الشراء ولا بدار جعلها مسجداً ولا بدار جعلها وقفاً وقضى القاضي بجوازها ولم يقض على قول من يحجز الوقف لأنه زال ملكه عنها إلى أحد ومنها ظهور ملكه للمشتري عند الإنكار بحجة مطلقة وهي البينة وهذا في الحقيقة شرط ظهور الحق لا شرط ثبوته وعلى هذا يخرج ما إذا أنكر المشتري كون الدار التي يشفع بها مملوكة للشفيع أنه ليس له أن يأخذها بالشفعة حتى يقيم البينة أنها داره وهذا قول أبي حنيفة ومحمد وأحدى الروايتين عن أبي يوسف وروى عنه رواية أخرى أن هذا ليس بشرط والقول قول الشفيع ولا يحتاج إلى إقامة البينة وهو قول زفر والشافعي رحمهما الله (وجه) هذه الرواية أن الملك كان ثابتاً للشفيع في هذه الدار لوجود سبب الثبوت وما ثبت يبقى إلى أن يوجد المزيل ولأن اليد دليل الملك ألا ترى أن من رأى شيئاً في يد إنسان حل له أن يشهد له بالملك دل أن اليد دليل الملك من حيث الظاهر فكان الملك ثابتاً للشفيع ظاهراً (وجه) ظاهر الرواية أن سبب ثبوت الحكم لا يوجب بقاءه وإنما البقاء بحكم استصحاب الحال لا يصلح للالتزام على الغير كحياة المفقود وحرية الشهود ونحو ذلك والحاجة هنا إلى الزام المشتري فلا يظهر الملك في حق المشتري وقوله اليد دليل الملك قلنا إن سلم ذلك فالثابت باليد ملك يظهر في حق الدفع لا في حق الاستحقاق على الغير والحاجة هنا إلى الاستحقاق على المشتري فلا يكفي الملك الثابت بظاهر اليد وذكر عن أبي يوسف فيمن ادعى على آخر داراً وأقام البينة على أن هذه الدار كانت في يده مات وهي في يده أنه يقضى له بالدار فإن جاء يطلب بها شفعة دار أخرى إلى جنبها لم يقض له بالشفعة حتى يقيم البينة على الملك لم يحمل القضاء باليد قضاء بالملك على الإطلاق حيث لم يوجب به الشفعة وعلى هذا يخرج ما ذكر عن محمد أنه قال في حائط بين دارين لكل واحد منهما عليه خشبة ولا يعلم أن الحائط بينهما إلا بالخشبة فبيعت إحدى الدارين أنه أن أقام الآخر بينة أن الحائط بينهما فهو أحق من الجار لأنه شريك وإن لم يقيم بينة لم أجعله شريكاً لأن ملك الحائط بينهما لم يثبت إلا بظاهر الاستعمال بالخشبة والملك الثابت بمثل هذا الظاهر لا يكفي لاستحقاق الشفعة قال ولو أقر البائع قبل البيع أن الحائط بينهما لم أجعل له بهذا شفعة بمنزلة دار في يد رجل أقر أنها لا آخر فبيعت إلى جنبها دار فطلب المقر له الشفعة فلا شفعة له حتى يقيم البينة أن الدار داره لأن الملك في الموضعين جميعاً ثبت بالقرار وأنه حجة قاصرة فيظهر في حق المقر في المسئلة الأولى وفي المسئلة الثانية يظهر في حق المقر له خاصة ولا يتبدى إلى المشتري وذكر في المتن عن أبي يوسف في رجل في يده دار عرف القاضي أنها في بيعت دار إلى جنب داره فقال الشفيع بعد بيع الدار التي فيها الشفعة دارى هذه فلان وقد بعتهما من ذنبة وقال هذا في وقت يقدر على الأخذ بالشفعة أو طلبها لنفسه قال لا شفعة له في الدار حتى يقيم المقر له بينة على المشتري (أما) المقر فلا شك أنه لا شفعة له

لانه لا ملك له وقت البيع في الدار باقراره بالبيع قبله (واما) المقر له فلماذا كرتان الملك الثابت بالاقرار ليس بثابت بحجة مطلقة لكون الاقرار حجة قاصرة فلا يظهر في حق الاستحقاق على المشتري وذكر الخصاص في اسقاط الشفعة ان البائع اذا اقر سهم من الدار للمشتري ثم باع منه بقية الدار ان الجار لا يستحق الشفعة لان المشتري صار شريك البائع في ذلك السهم والشريك مقدم على الجار ومن اصحابنا من خطأ الخصاص في هذا وقال يجب الشفعة للجار لان شركة المشتري لم تثبت الا بالاقرار من البائع والاقرار حجة قاصرة فلا يظهر في حق الجار فكان على شفيعه وكان يستدل بمسئلة الخاطئ والله سبحانه وتعالى أعلم (ومنها) أن لا تكون الدار المشفوعة ملكا للشفيع وقت البيع فان كانت لم يجب الشفعة لاستحالة تلك الانسان مال نفسه وعلى هذا يخرج ما اذا باع المأذون دارا والمولى شفيعها انه ان لم يكن عليه دين فلا شفعة للمولى لانها ملك المولى والعبد كالوكيل عنه بالبيع فلا تثبت له الشفعة وان كان عليه دين فله الشفعة لان المولى لا يملك كسب عبده المأذون المديون فكان بمنزلة الاجنبي وكذا اذا باع المولى دارا والمأذون شفيعها وعليه دين فله الشفعة لان الإخذ بالشفعة بمنزلة الشراء من المشتري وشراء كل واحد منهما من صاحبه جائز وان لم يكن عليه دين فلا يتصور الاخذ بالشفعة لان الاخذ يقع على كمال المولى وتلك المولى محال ولو اشترى المأذون دارا والمولى شفيعها فان كان عليه دين فلمولا الشفعة لان الملك بالشراء لم يقع للمولى وان لم يكن عليه دين فلا يستحق الاخذ بالشفعة لان الملك يقع له وكذا اذا اشترى المولى دارا والمأذون شفيعها فان كان عليه دين فله الشفعة وان لم يكن فلا يتصور الاخذ بالشفعة لما قلنا (واما) المكاتب اذا باع واشترى دارا والمولى شفيعها فله أن يأخذ بالشفعة سواء كان عليه دين أو لم يكن لانه فيما يبيع ويشتري مع المولى بمنزلة الاجنبي لا نه حر يد أو لا ترى انه لا سبيل لمولاه على ما في يده فكان في حق ما في يده ملحقا بسائر الاجانب والله سبحانه وتعالى أعلم (ومنها) عدم الرضا من الشفيع بالبيع وحكمه فان رضى بالبيع أو بحكمه فلا شفعة له لان حق الشفعة انما يثبت له دفعا لضرر المشتري فاذا رضى بالشراء أو بحكمه فقد رضى بضرر جواره فلا يستحق الدفع بالشفعة ثم الرضا قد يكون صريحا وقد يكون دلالة (أما) الصريح فلا يشك (وأما) الدلالة فنحن ان بيع الشفيع الدار المشفوع فيها بأن وكله صاحب الدار ببيعها فاعاها فلا شفعة له لان بيع الشفيع دلالة الرضا بالقدر وثبوت حكمه وهو الملك للمشتري وكذلك المضارب اذا باع دارا من مال المضاربة ورب المال شفيعها بداره أخرى فلا شفعة لرب الدار سواء كان في الدار ربح أو لم يكن (أما) اذا لم يكن فيها ربح فلان المضارب وكيله بالبيع والرضا بالتوكيل بالبيع رضا بالبيع وحكمه ضرورة وانه يمنع وجوب الشفعة وان كان فيها ربح (أما) في حصص المضارب المال فلماذا كرتان وجوب ودلالة الرضا بالبيع في حصته (وأما) في حصص المضارب فلانه متى امتنع الوجوب في حصص المضارب المال فلو ثبت في حصص المضارب لادى الى تفريق الصفقة على المشتري وانه لا يجوز ولان المشتري صار شريكا للمضارب والشريك مقدم على الجار ولو كان الشفيع وكلا شراء الدار المشفوع فيها فاشترى لموكله فالشفيع الشفعة لان الشراء لغيره لا يكون فوق الشراء لنفسه والشراء لنفسه لا يمنع وجوب الشفعة حتى لو اشترى الدار المشفوع فيها ثم حضر شفيع آخر كان له أن يأخذ النصف بالشفعة فالشراء لغيره لان لا يمنع الوجوب أولى ولو باع رب المال دارا لنفسه والمضارب شفيعها بدار من المضاربة فان كان في يده من مال المضاربة وفاء بثلث الدار لم يجب الشفعة لان الاخذ اذ ذاك يقع لرب المال وقد وجد منه دلالة الرضا بثبوت الملك للمشتري وانه يمنع وجوب الشفعة ولو لم يكن في يده وفاء فان لم يكن في الدار ربح فلا شفعة أيضا لان الاخذ يقع لرب المال وان كان فيها ربح فالمضارب أن يأخذها بالشفعة لنفسه لان له نصيبا في ذلك ولم يوجد منه الرضا سقوط حقه ولو اشترى اجنبي دارا الى جنب دار المضاربة فان كان في يد المضارب وفاء بالثلث فله أن يأخذها بالشفعة للمضاربة وله أن يسلم الشفعة لان حق الاخذ له فيملك تسليمه وان لم يكن في يده وفاء فان كان في الدار ربح فالشفعة لرب المال والمضارب جميعا لان الدار مشتركة بينهما وان لم يكن فيها ربح فالشفعة لرب

المال خاصة لان الدار ملكه خاصة والشفعة من حقوق الملك وعلى هذا يخرج ما اذا باع الدار على أن يضمن له الشفيع الثمن من المشتري فضمن وهو حاضر حتى جاز البيع انه لا شفعة للشفيع لان ضمان الثمن من المشتري دلالة الرضا بالشراء وحكمه لان تمام العقد وابعاده يتعلق به فكان دليل الرضا وكذا لو اشترى المشتري الدار على أن يضمن الشفيع الدرك عن البائع فضمن وهو حاضر حتى جاز البيع انه لا شفعة للشفيع لانه لما ضمن الدرك فقد صار راضيا بالعقد وحكمه وهو الملك للمشتري فلم تجب الشفعة وأما اسلام الشفيع فليس بشرط لوجوب الشفعة فتجب لاهل الذمة فيما بينهم وللدنمى على المسلم لان هذا حق التملك على المشتري بمنزلة الشراء منه والكافر والمسلم في ذلك سواء لانه من الامور الدنيوية وروى عن شريح انه قضى بالشفعة لدنمى على مسلم فكتب الى سيدنا عمر رضى الله تعالى عنه فأجازه وكان ذلك بحضور من الصحابة الكرام رضى الله تعالى عنهم فيكون ذلك اجماعا ولو اشترى دمنى من دمنى دار أبحر أو خنزير أو شفيعة دمنى أو مسلم وجبت الشفعة عند أصحابنا رحمهم الله وقال الشافعي رحمه الله لا تجب بناء على ان ذلك ليس بمال عنده أصلا حتى لم يكن مضمونا بالاتلاف أصلا ومن شرط وجوب الشفعة معاوضة المال بالمال وعندنا هو مال متقوم في حق أهل الذمة بمنزلة الخلل والشاة لئلا ثم اذا وجبت الشفعة فان كان الشفيع ذميا أخذ الدار بمثل الخمر وبقيمة الخنزير لان الخمر عندهم من ذوات الامثال كالخلل والخنزير ليس من ذوات الامثال بل من ذوات القيم كالشاة وان كان مسلما أخذها بقيمة الخمر والخنزير لان الاخذ تملك والمسلم ليس من أهل تملك الخمر والخنزير متى تذر عليه التملك بالعين تملك بالقيمة كالأول كان الشراء بالعرض انه يأخذها بقيمة العرض كذا هذا وكذا الحرية والذكورة والعقل والبلوغ والعدالة فتجب الشفعة للمأذون والمكاتب ومعتق البعض والنسوان والصبيان والجنانين وأهل البني لانه حق مبنى على الملك وهؤلاء من أهل ثبوت الملك لهم الا أن الخصم فيما يجب للصبي أو عليه وليه الذي يتصرف في ماله من الاب ووصيه والجد لاب ووصيه والقاضي ووصى القاضي فاذا بيعت دار والصبي شفيعة كان لوليه أن يطالب بالشفعة يأخذها لان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء من المشتري والولى يملك ذلك كما يملك الشراء فان سلم الشفعة صح التسليم ولا شفعة للصبي اذا بلغ عند أبي حنيفة وأبي يوسف رضى الله عنهما وعند محمد وزفر رحمهما الله لا يصح تسليمه والصبي على شفيعته اذا بلغ (وجهه) قوله ان هذا حق ثبت للصبي نظرا فابطاله لا يكون نظر أفى حقه ومثل هذا لا يدخل تحت ولاية الولي كالمفوع عن قصاص وجب للصبي على انسان والابراء عن كفالته بنفس أو مال ولا بنى حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ما ذكرنا ان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء فتسليمه امتناع من الشراء والولى ولاية الامتناع من الشراء ألا ترى ان من قال بعث هذا الشيء لقلان الصبي لا يلزم الولي القبول وهذا لان الولي يتصرف في مال الصبي على وجه المصلحة والمصلحة قد تكون في الشراء وقد تكون في تركه والولى أعلم بذلك فيفوض اليه وعلى هذا الخلاف اذا سكنت الولي أو الوصى عن الطلب انه يبطل حق الشفعة عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وعند محمد وزفر رحمهما الله لا يبطل وذكر في نوادر أبي يوسف رحمه الله فيمن اشترى دار أو ابنه الصغير شفيعة كان له أن يأخذ لابنه الصغير بالشفعة فان لم يأخذ وسلم لنفسه جاز لان الشراء لا ينافي الاخذ بالشفعة لان كل واحد منهما تملك بعوض ولهذا لو كان وكيل بالشراء لغيره كان له أن يأخذ بالشفعة لنفسه فلان يملك الاخذ لابنه أولى واذا ملك الاخذ ملك التسليم لانه امتناع عن الاخذ ولو باع دار لنفسه وابنه شفيعة لم يكن له أن يأخذ بالشفعة لان الاخذ بالشفعة تملك والبيع تملك فينافي التملك ولهذا لا يملك الوكيل بالبيع لغيره أن يأخذ بالشفعة واذا لم يملك الاخذ يملك التسليم فلم يصح تسليمه وتوقف الى حين بلوغ الصبي كما اذا لم يكن له ولى وأما الوصى اذا اشترى دار لنفسه والصبي شفيعة لم يكن له أن يأخذ بالشفعة للصغير ولو سلم الشفعة للصغير على شفيعته وكذا اذا باع لانه ملك الدار بالشراء لنفسه فبالاخذ بالشفعة للصغير ير يد تملك مملكه من الصغير والوصى لا يملك تملك مال الصغير الا اذا كان فيه نفع ظاهر له واذا لم يملك الاخذ بالشفعة لم يكن سكوته عن الطلب تسليما للشفعة فبقى حق الصغير

في الشفعة يأخذها إذا بلغ والله سبحانه وتعالى أعلم
فصل وأما بيان ما يتأكد به حق الشفعة ويستقر فنقول والله تعالى التوفيق انه يتأكد ويستقر بالطلب
والكلام في الطلب في مواضع في بيان وقت الطلب وفي بيان شروطه وفي بيان كيفية وفي بيان حكمه (أما) وقته
فالطلب نوعان طلب موأبنة وطلب تقرر (أما) طلب الموأبنة فوقته وقت علم الشفع بالبيع حتى لو سكت عن
الطلب بعد البيع قبل العلم به لم تبطل شفعته لانه ترك الطلب قبل وقت الطلب فلا يضره ثم علمه بالبيع قد يحصل بسماعه
بالبيع بنفسه وقد يحصل باخبار غيره لكن هل يشترط فيه العدد والعدالة. اختلف أصحابنا رحمهم الله فيه فقال أبو
حنيفة رضي الله عنه يشترط أحد هذين اما العدد في الخبر رجلان أو رجل وامرأتان واما العدالة وقال أبو يوسف
ومحمد لا يشترط فيه العدد ولا العدالة حتى لو أخبره واحد بالشفعة عدلا كان أو فاسقا حرا أو عبدا مؤذنا بالغا أو صبيا
ذكر أو أنثى فسكت ولم يطلب على فور الخبر على رواية الاصل أو لم يطلب في المجلس على رواية محمد بطلت شفعته
عندهما إذا ظهر كون الخبر صدقا وهذا على اختلافهم عن عزل الوكيل وعن جنابة العبد وعن عجز المولى على ما ذكر
في كتاب الوكالة فهما يقولان العدد والعدالة ساقطا الاعتبار شرعا في المعاملات وهذا من باب العامة فلا يشترط
فيه العدد ولا العدالة ولا بى حنيفة رضي الله عنه ان هذا اخبار فيه معنى الالتزام ألا ترى ان حق الشفع يبطل لو لم
يطلب بعد الخبر فاشبه الشهادة فيه تبر فيه أحد شرطى الشهادة وهو العدد والعدالة ولو أخبر المشتري الشفع بنفسه
فقال قد اشتريته فلم يطلب شفعته وان لم يكن المشتري عدلا كذا روى عن أبي حنيفة لان المشتري خصم وعدالة
الخصم ليست بشرط في الخصومات وقالوا في المخيرة اذا بلغها التخيير انه لا يشترط في الخبر العدد ولا العدالة والفرق
لابى حنيفة رحمه الله ان الاخبار عن التخيير ليس في معنى الشهادة لخلوه عن الزام حكم فلم يعتبر فيه أحد شرطى الشهادة
بخلاف الاخبار عن البيع في باب الشفعة على ما بينا والله سبحانه وتعالى أعلم وأما شرطه فهو أن يكون على فور العلم
بالبيع اذا كان قادرا عليه حتى لو علم بالبيع وسكت عن الطلب مع القدرة عليه بطل حق الشفعة في رواية الاصل
وروى عن محمد رحمه الله انه على المجلس كخيار المخيرة وخيار القبول ما لم يتم عن المجلس أو يتشاغل عن الطلب بعمل
آخر لا تبطل شفعته وله ان يطلب وذكر الكرخي رحمه الله ان هذا أصح الروايتين (وجه) هذه الرواية ان حق
الشفعة ثبت نظر الشفع دفعاً للضرر عنه فيحتاج الى التأمل ان هذه الدار هل تصلح بمثل هذا الثمن وانه هل يتضرر
بجوار هذا المشتري فيأخذ بالشفعة أو لا يتضرر فيترك وهذا لا يصح بدون العلم بالبيع والحاجة الى التأمل شرط
المجلس في جانب المخيرة والقبول كذا ههنا (وجه) رواية الاصل ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال
الشفعة لمن وانها وروى عنه عليه الصلاة والسلام انه قال انما الشفعة كنشط عقال ان قديم مكانه ثبت والذهب
وفي بعض الروايات انما الشفعة كحل عقال ان قديم مكانه ثبت والا فاللوم عليه ولانه حق ضعيف متزلزل لثبوتة على
خلاف القياس اذا اخذ بالشفعة تملك مال معصوم بخلاف مال الكحل لحواف ضرر يحتمل الوجود والعدم فلا يستقر الا
بالطلب على الموأبنة (وأما) الاشهاد فليس بشرط لصحة الطلب حتى لو طلب على الموأبنة ولم يشهد صح طلبه فيما بينه
وبين الله سبحانه وتعالى جلت عظمتة وانما الاشهاد للاظهار عند الخصومة على تقدير الانكار لان من الجائز أن
المشتري لا يصدق الشفع في الطلب أو لا يصدق في الفور ويكون القول قوله فيحتاج الى الاظهار بالبينه عند القاضي
على تقدير عدم التصديق لانه شرط لصحة الطلب ونظيره من أخذ لقطة ليردها على صاحبها فهلكت في يده لا ضمان عليه
فيما بينه وبين الله تبارك وتعالى وانما الحاجة الى الاشهاد عند أبي حنيفة رضي الله عنه لتوثيق الاخذ للرد على تقدير
الانكار الا أنه شرط البراءة عن الضمان حتى لو صدقه صاحبها في ذلك ثم طلب منه الضمان ليس له ذلك بالاجماع كذا هذا
واذا طلب على الموأبنة فان كان هناك شهود اشهدهم وتوثق الطلب وان لم يكن بحضرته من يشهده فبعث في طلب
شهود لم تبطل شفعته لما قلنا أن الاشهاد لاظهار الطلب عند الحاجة لكن يصح الاشهاد على الطلب على رواية الفور

فبطلت الشهادة على الفور ضرورة وعلى رواية المجلس اذا قال وهو في المجلس ادعوا الى شهود أو شهدهم فجاء الشهود فاشهدهم صح وتوثق الطلب لان المجلس قائم ولو أخبر ببيع الدار فقال الحمد لله قد ادعت شفعتها أو سبحان الله قد ادعت شفعتها فهو على شفعتها على رواية محمد لان هذا يذكرك لا فتتاح الكلام تبرك به فلا يكون دليل الاعراض عن الطلب وكذا اذا سلم أو شمت العاطس لان ذلك ليس بعمل يدل على الاعراض ولهذا يبطل به خيار الخيرة وكذلك اذا قال من ابتاعها وبكم بيعت لان الانسان قد يرضى بمجاورة انسان دون غيره وقد تصلح له الدار بشمن دون غيره فكان السؤال عن حال الجار ومقدار الثمن من مقدمات الطلب لا عراضاً عنه وهذا كله على رواية اعتبار المجلس فاما على رواية اعتبار الفور تبطل شفعتها في هذه المواضع لا تقطع الفور من غير ضرورة ولو أخبر بالبيع وهو في الصلاة فضى فيها فالشفيع لا يخلو من أن يكون في الفرض أو في الواجب أو في السنة أو في النفل المطلق فان كان في الفرض لا تبطل شفعتها لان قطعها حرام فكان معذوراً في ترك الطلب وكذا اذا كان في الواجب لان الواجب ملحق بالفرض في حق العمل وان كان في السنة فكذلك لان هذه السنن الراتبة في معنى الواجب سواء كانت السنة ركعتين أو أربعاً كالاربع قبل الظهر حتى لو أخبر بعد ما صلى ركعتين فوصل بهما الشفع الثاني لم تبطل شفعتها لانها بمنزلة صلاة واحدة واجبة وقال محمد اذا بلغ الشفع البيع فصلي بعد الجمعة أربعاً لم تبطل شفعتها وان صلى أكثر من ذلك بطلت شفعتها لان الاربع بتسليمه واحدة سنة فصار كالركعتين والزيادة عليها ليست بسنة وذكر محمد رحمه الله في الخيرة اذا كانت في صلاة النفل فزادت على ركعتين بطل خيارها لان كل شفع من التطوع صلاة على حدة والغائب اذا علم بالشفعة فهو مثل الحاضر في الطلب والشهاد لان له قادر على الطلب الذي يتأكد به الحق وعلى الاشهاد الذي يتوثق به الطلب ولو وكل الغائب رجلاً لياخذله بالشفعة فذلك طلب منه لان في التوكيل طلباً وزيادة واذا طلب الغائب على الموائبة وأشهد فله بعد ذلك من الاجل مقدار المسافة التي يأتي الى حيث البائع أو المشتري أو الدار لازيادة عليه لان تأجيل هذا القدر للضرورة ولا ضرورة للزيادة (أما) طلب التقرير فشرطه أن يكون على فور الطلب الاول والاشهاد عليه فاذا طلب على الموائبة وأشهد على فوره ذلك شخصاً الى حيث البائع أو المشتري أو الدار اذا كان قادر أعليه وتفصيل الكلام فيه ان المبيع اما أن يكون في يد البائع واما أن يكون في يد المشتري فان كان في يد البائع فالشفيع بالخيار ان شاء طلب من البائع وان شاء طلب من المشتري وان شاء طلب عند الدار (أما) الطلب من البائع والمشتري فلان كل واحد منهما خصم البائع باليد والمشتري بالملك فكان كل واحد منهما خصماً فصاح الطلب من كل واحد منهما (وأما) الطلب عند الدار فلان الحق متعلق بها فان سكت عن الطلب من أحد المتبايعين وعند الدار مع القدرة عليه بطلت شفعتها لانه فرط في الطلب وان كان في يد المشتري فان شاء طلب من المشتري وان شاء عند الدار ولا يطلب من البائع لانه خرج من أن يكون خصماً له ولا يده ولا ملك له فصار بمنزلة الاجنبي ولو لم يطلب من المشتري ولا عند الدار وشخص الى البائع للطلب منه والاشهاد بطلت شفعتها لوجود دليل الاعراض وفي الحقيقة لوجود دليل الرضا ولو تعاقد البائع والمشتري في غير الموضع الذي فيه الدار فليس على الشفع أن يأتيهما ولكنه يطلب عند الدار ويشهد عليه لان الشفع اذا كان بحجب الدار والعاقدان غائبان تعينت الدار للطلب عندها والاشهاد فان لم يطلب عندها وشخص الى العاقدين بطلت شفعتها لوجود الاعراض عن الطلب هذا اذا كان قادر أعلى الطلب من المشتري أو البائع أو عند الدار فاما اذا كان هناك حائل بأن كان بينهما امر مخوف أو أرض مسبعة أو غير ذلك من الموانع لا تبطل شفعتها بترك الموائبة الى ان يزول الحائل (وأما) الاشهاد على هذا الطلب فليس بشرط لصحته كما ليس بشرط لصحة طلب الموائبة وانما هو لتوثيقه على تقدير الانكار كما في الطلب الاول وكذا تسمية المبيع وتحديد به ليس بشرط لصحة الطلب والاشهاد في ظاهر الرواية وروى عن أبي يوسف أنه شرط لان الطلب لا يصح الا بعد العلم والعقار لا يصير معلوماً الا بالتحديد فلا يصح الطلب والاشهاد بدونه (وأما) بيان كيفية الطلب فقد اختلف فيه

عبارات المشايخ عن محمد بن مقاتل الرازي رحمه الله ان الشفيع يقول طلبت الشفعة وأطلبها وأناطلبها وعن محمد بن سلمة رضي الله عنه انه كان يقول طلبت الشفعة فحسب وعن الققيه أبي جعفر الهندواني رحمه الله انه لا يراعى فيه ألقاظ الطلب بل لو أتى بألفاظ يدل على الطلب أى لفظ كان يكفي نحو أن يقول ادعيت الشفعة أو سألت الشفعة ونحو ذلك مما يدل على الطلب وهو الصحيح لان الحاجة الى الطلب ومعنى الطلب يتأدى بكل لفظ يدل عليه سواء كان بلفظ الطلب أو بغيره (وأما) حكم الطلب فهو استتقرار الحق فالشفيع اذا أتى بطالبين صحيحين استقر الحق على وجهه لا يبطل بتأخير المطالبة بالاخذ بالشفعة أبداً حتى يسقطها بلسانه وهو قول أبي حنيفة وأحدى الروايتين عن أبي يوسف وفي رواية أخرى قال اذا ترك المخاصمة الى القاضي في زمان يقدر فيه على المخاصمة بطلت شفيعته ولم يؤقت فيه وقتاً وروى عنه انه قدره بما يراه القاضي وقال محمد وزفر رحمه الله اذا مضى شهر بعد الطلب ولم يطلب من غير عذر بطلت شفيعته وهو رواية عن أبي يوسف أيضاً (وجه) قول محمد وزفر ان حق الشفعة ثبت لدفع الضرر عن الشفيع ولا يجوز دفع الضرر عن الانسان على وجه يتضمن الاضرار بغيره وفي ابقاء هذا الحق بعد تأخير الخصومة أبداً أضرار بالمشتري لانه لا يبنى ولا يفرس خوفاً من النقص والقلع فيتضرر به فلا بد من التقدير بزمن لا تسلا يتضرر به فقد رنا بالشهر لانه أدنى الآجال فاذا مضى شهر ولم يطلب من غير عذر فقد فرط في الطلب فبطل شفيعته (وجه) قول أبي حنيفة عليه الرحمة ان الحق للشفيع قد ثبت بالطالبين والاصل ان الحق متى ثبت لانسان لا يبطل الا بابطال ولم يوجد لان تأخير المطالبة منه لا يكون ابطالا كتأخير استيفاء القصاص وسائر الديون وقوله يتضرر المشتري ممنوع فانه اذا علم ان للشفيع أن يأخذ بالشفعة فالظاهر أن يتمتع من البناء والفرس خوفاً من النقص والقلع فإذن فعله الذي أضر بنفسه فلا يضاف ذلك الى الاخذ بالشفعة ولهذا لم يبطل حق الشفعة بغيبه الشفيع ولا يقال ان فيه ضرراً بالمشتري بالامتناع من البناء والفرس لما قلنا كذا هذا

فصل وأما بيان ما يبطل به حق الشفعة بعد ثبوته فنقول وبالله التوفيق ما يبطل به حق الشفعة بعد ثبوته في الاصل نوعان اختياري وضروري والاختياري نوعان صريح وما يجرى مجرى الصريح ودلالة أما الاول فنحو ان يقول الشفيع اطلت الشفعة أو اسقطتها أو أبرأتك عنها أو سلمتها ونحو ذلك لان الشفعة خالص حقه فيملك التصرف فيها استيفاء واسقاطا كالأبراء عن الدين والغفوع عن القصاص ونحو ذلك سواء علم الشفيع بالبيع أو لم يعلم بعد أن كان بعد البيع لان هذا اسقاط الحق صريحاً وصريح الاسقاط يستوي فيه العلم والجهل كالطلاق والبراء عن الحقوق بخلاف الاسقاط من طريق الدلالة فانه لا يسقط حقه ثمة العلم والفرق يذكر بعد هذا ولا يصح تسليم الشفعة قبل البيع لانه اسقاط الحق واسقاط الحق قبل وجوبه ووجوده سبب وجوبه بحال ولو أخبر بالبيع بقدر من الثمن أو جنس منه أو من فلان فسلم فظهر بخلافه هل يصح تسليمه فالاصل في جنس هذه المسائل انه ينظر ان كان يختلف غرض الشفيع في التسليم صح التسليم وبطلت شفيعته وان كان يختلف غرضه لم يصح وهو على شفيعته لان غرضه في التسليم اذا لم يختلف بين ما أخبر به وبين ما يبيع به وقع التسليم محصلاً لغرضه فصيح واذا اختلف غرضه في التسليم لم يقع التسليم محصلاً لغرضه فلم يصح التسليم وبيان هذا في مسائل اذا أخبر بالدار بيعت بألف درهم فسلم ثم تبين انها بيعت بألفين فلا شفعة له لان تسليمه كان لا يستكثاره الثمن فاذا لم تصلح له بألف الثمنين فبأكثرهما أولى فحصل غرضه بالتسليم فبطلت شفيعته ولو أخبر انها بيعت بألف فسلم ثم تبين انها بيعت بخمسائة فله الشفعة لان التسليم عند كثرة الثمن لا يدل على التسليم عند قلته فلم يحصل غرضه بالتسليم فبقي على شفيعته ولو أخبر انها بيعت بألف درهم ثم تبين انها بيعت بمائة دينار فان كانت قيمتها ألفاً أو أكثر فلا شفعة له وان كانت أقل فهو على شفيعته عند أصحابنا الثلاثة رضي الله عنهم وقال زفر رحمه الله الشفعة في الوجهين جميعاً (وجه) قول زفر ان الدرام والذنانير جنسان مختلفان حقيقة واعتباراً للحقائق هو الاصل والغرض يختلف باختلاف الجنس لانه قد يتيسر عليه جنس ويتعذر عليه الآخر فلم يقع

التسليم محصلاً لغرضه فيبقى على شفيعته كما لو أخبر أنها بيعت بخنطة فسلم ثم تبين أنها بيعت بشعير قيمته مثل قيمة الخنطة (ولنا) أن الدرهم والدنانير في حق الثمنية كجنس واحد لا نهائياً أمان الأشياء وقيمتها تقوم بالأشياء بها تقوياً واحداً أعنى أنها تقوم بهذامرة وبذلك الأخرى وإنما يختلفان في القدر لا غير فوجب اعتبار قدر قيمتهما في الكثرة والقلّة كما إذا أخبر أنها بيعت بألف درهم أو بمائة دينار فسلم ثم تبين أنها بيعت بأكثر أو بأقل على ما بينا كذا هذا بخلاف ما إذا أخبر أنها بيعت بخنطة فسلم ثم تبين أنها بيعت بشعير قيمته مثل قيمة الخنطة أو أقل أو أكثر لأن هناك اختلاف إذا الخنطة والشعير جنسان مختلفان على الإطلاق واختلاف الجنس يوجب اختلاف الغرض فلم يصبح التسليم ولو أخبر أنها بيعت بألف درهم فسلم ثم تبين أنها بيعت بمكيال أو بموزون وسوى الدرهم والدنانير أو عددي متقارب فالشفعة قائمة لأن الثمن الذي وقع به البيع إذا كان من ذوات الامثال فالشفيع يأخذ بمثله وأنه جنس آخر غير الجنس الذي أخبر به الشفيع فاختلف الغرض ولو أخبر أنها بيعت بألف فسلم ثم تبين أنها بيعت برض وماليس من ذوات الامثال فإن كانت قيمته مثل الألف أو أكثر صح تسليمه وإن كانت أقل لم يصبح تسليمه وله الشفعة لأن الشفيع ههنا يأخذ الدار بقيمة الغرض لأنه لا مثل له وقيمتها درهم أو دينار فكان الاختلاف راجعاً إلى القدر فأشبه الألف والالفين والالف وخمسمائة على ما مر ولو أخبر بشراء نصف الدار فسلم ثم تبين أنه اشترى الجميع فله الشفعة ولو أخبر بشراء الجميع فسلم ثم تبين أنه اشترى النصف فالتسليم جائز ولا شفعة له هذا هو رأي القائلين وقدر روى الجواب فيهما على القلب وهو أن التسليم في النصف يكون تسليماً في الكل والتسليم في الكل لا يكون تسليماً في النصف (وجه) هذه الرواية أن تسليم النصف لعجزه عن الثمن ومن عجز عن القليل كان عن الكثير أعجز فأما المعجز عن الكثير لا يدل على العجز عن القليل (وجه) الرواية المشهورة أن التسليم في النصف للاحتراز عن الضرر وهو ضرر بالشركة وهذا لا يوجد في الكل فاختلف الغرض فلم يصبح التسليم فبقى على شفيعته وإذا صح تسليم الكل فقد سلم البعض ضرورة لأنه داخل في الكل فصار بتسليم الكل مسلماً للنصف لأن الشركة عيب فكان التسليم بدون العيب تسليماً مع العيب من طريق الأولى ولو أخبر المشتري زيد فسلم ثم تبين أنه عمرو فهو على شفيعته لأن التسليم للأمن عن الضرر والأمن عن ضرر زيد لا يدل على الأمن عن ضرر عمرو ولفاوت الناس في الجوار ولو أخبر المشتري زيد فسلم ثم تبين أنه زيد وعمرو كان له أن يأخذ نصيب عمرو ولا نه سلم نصيب زيد لا نصيب عمرو فبقى له الشفعة في نصيبه ولو أخبر أن الدار بيعت بألف درهم فسلم ثم أن البائع حط عن المشتري خمسمائة وقبل المشتري الحط كان له الشفعة لأن الحط يلحق بأصل العقد فتبين أن البيع كان بخمسمائة فصار كما إذا أخبر أنها بيعت بألف فسلم ثم تبين أنها بيعت بخمسمائة ولو لم يقبل الحط لم تجب الشفعة لأن الحط لم يصح إذا لم يقبل فلم تبين أنها بيعت بألف فلم تجب الشفعة ولو باع الشفيع داره التي يشفع بها بعد شراء المشتري هل تبطل شفيعته فهذا لا يخلو أمان كان البيع أماناً وأمان كان فيه شرط الخيار فإن كان باتاً لا يخلو أماناً باع كل الدار وأماناً باع جزءاً منها فإن باع كلها بطلت شفيعته لأن سبب الحق هو جوار الملك وقد زال سواء علم بالشراء أو لم يعلم لأن هذا في معنى صريح الاستقاط لأن إبطال سبب الحق بإبطال الحق فيستوى فيه العلم والجهل فإن رجعت الدار إلى ملكه بعيب بقضاء أو بغير قضاء أو بخيار رؤية أو بخيار شرط للمشتري فليس له أن يأخذ بالشفعة لأن الحق قد بطل فلا يعود إلا بسبب جديد وكذلك لو باعها الشفيع بيعاً فاسداً وقبضها المشتري بطلت شفيعته لأن سبب الحق وهو جوار الملك فإن قضى البيع فلا شفعة له لما ذكرنا أن الحق بعدم ما بطل لا يعود إلا بسبب جديد وإن باع جزءاً من داره فإن باع جزءاً منها فله الشفعة بما بقي لأن ما بقي يصلح لاستحقاق الشفعة ابتداء فأولى أن يصلح للبقاء لأن البقاء أسهل من الابتداء وإن باع جزءاً معيناً بيتاً أو حجرة فإن كان ذلك لا يلي الدار التي فيها الشفعة فكذلك لأن السبب وهو جوار الملك قائم وإن كان مما يلي تلك الدار فإن استغرق حدود الدار التي فيها الشفعة بطلت الشفعة لأن الجوار قد زال وإن بقي من حدها شيء ملاصق لما بقي من الدار فهو على شفيعته لما ذكرنا أن

هذا القدر يصلح للاستحقاق ابتداء فلان يصلح لبقاء المستحق أولى وان كان فيه خيار الشرط فان كان الخيار للبائع وهو الشفيع فهو على شفيعته ما لم يوجب البيع لان السبب وهو جوار الملك قائم لان خيار البائع يمنع زوال المبيع عن ملكه فان طلب الشفعة في مدة الخيار كان ذلك منه تقضاً للبيع لان طلب الشفعة دليل استبقاء الملك في المبيع وذلك اسقاط للخيار وتقض للبيع وان كان الخيار للمشتري بطلت شفيعته لان الدار خرجت عن ملكه بلا خلاف فزال سبب الحق وهو جوار الملك وان كان الشفيع شريكاً وجاراً فباع نصيبه الذي يشفع به كان له أن يطلب الشفعة بالجوار لانه ان بطل أحد السببين وهو الشركة فقد بقي الآخر وهو الجوار ولهذا استحقق به ابتداء فلان يبقى به الاستحقاق أولى ولو صالح المشتري الشفيع من الشفعة على مال لم يحجز الصلح ولم يثبت العوض وبطل حق الشفعة أما بطلان الصلح فلا نعدام ثبوت الحق في الحل لان الثابت للشفيع حق التملك وانه عبارة عن ولاية التملك وانها معنى قائم بالشفيع فلم يصح الاعتياض عنه فبطل الصلح ولم يجب العوض وأما بطلان حق الشفيع في الشفعة فلانه أسقطه بالصلح فالصلح وان لم يصح فاسقاط حق الشفعة صحيح لان صحته لا تقف على العوض بل هو شيء من الاموال لا يصلح عوضاً عنه فالتحق ذكر العوض بالعدم فصار كانه سلم بلا عوض وعلى هذا اذا قال الزوج للمخيرة اختاري بين ألف درهم فقالت اخترتك لم يجب العوض وبطل خيارها وكذلك العتق اذا قال لامرأته بعد ما خبرت بسبب العنة اختاري ترك الفسخ بالعنة بألف فقالت اخترت بطل خيارها ولم يجب العوض وفي الكفالة بالنفس اذا أسقطها بعوض وإيتان في رواية لا يجب العوض وتبطل الكفالة كفاي الشفعة وفي رواية لا تبطل الكفالة (وجه) الرواية الاولى انه أسقط الكفالة بعوض فلا عتياض ان لم يصح فلا سقاط صحيح لان صحته لا تقف على العوض (وجه) الرواية الاخرى انه ما رضى بالسقوط الا بعوض ولم يثبت العوض فلا يسقط وأما بطلان الشفعة من طريق الدلالة فهو ان يوجد من الشفيع ما يدل على رضاه بالعقد وحكمه للمشتري وهو ثبوت الملك له لان حق الشفعة مما يبطل بصريح الرضا فيبطل بدلالة الرضا أيضاً وذلك نحو ما اذا علم بالشراء فترك الطلب على الفور من غير عذر وأقام عن المجلس أو تشاغل عن الطلب بعمل آخر على اختلاف الروايتين لان ترك الطلب مع القدرة عليه دليل الرضا بالعقد وحكمه للدخيل وكذا اذا ساوم الشفيع الدار من المشتري أو سأله أن يوليهاها أو استأجرها الشفيع من المشتري أو أخذها مزارعة أو معاملة وذلك كله بعد علمه بالشراء لان ذلك كله دليل الرضا أما المساومة فلانها طلب تملك بعقد جديد وانه دليل الرضا بملك الممتلك وكذلك التولية لانها تملك بمثل الثمن الاول من غير زيادة ولا نقصان وانها دليل الرضا بملك الممتلك وأما الاستئجار والاخذ معاملة أو مزارعة فلانها تقرير لملك المشتري فكانت دليل الرضا بملكه فرق بين هذا وبين الفصل الاول حيث شرط ههنا علم الشفيع بالشراء لبطلان حق الشفعة وهناك لم يشترط وانما كان كذلك لان السقوط في الفصل الاول بصريح الاسقاط والاسقاط تصرف في نفس الحق فيستدعي ثبوت الحق لا غير كالطلاق والعتاق والبراء عن الديون والسقوط ههنا بطريق الدلالة وهي دلالة الرضا بالتصرف في محل الحق بل في محل آخر والتصرف في محل آخر لا يصلح دليل الرضا الا بعد العلم بالبيع اذ الرضا بالشيء بدون العلم به محال والله عز وجل أعلم ولو سلم الشفعة في النصف بطلت في الكل لانه لما سلم في النصف بطل حقه في النصف المسلم فيه بصريح الاسقاط وبطل حقه في النصف الباقي لانه لا يملك تفريق الصفقة على المشتري فبطلت شفيعته في الكل ولو طلب نصف الدار بالشفعة هل يكون ذلك تسليماً منه للشفعة في الكل اختلف فيه أبو يوسف ومحمد قال أبو يوسف لا يكون تسليماً وقال محمد يكون تسليماً في الكل الا أن يكون سبق منه طلب الكل بالشفعة فلم يسلم له المشتري فقال له حينئذ اعطني نصفها على أن أسلم لك النصف الباقي فان هذا لا يكون تسليماً (وجه) قول محمد انه لما طلب النصف بالشفعة فقد أبطل حقه في النصف الاخر لانه ترك الطلب فيه مع القدرة عليه واذ دليل الرضا فبطل حقه فيه فيبطل حقه في النصف المطلوب ضرورة تضرر طريق الصفقة على المشتري بخلاف ما اذا كان سبق منه الطلب في الكل لانه لما طلب

في الكل فقد تقرر حقه في الكل ولم يكن قوله بعد ذلك أعطى النصف على أن أسلم لك النصف الباقي تسليماً بخلاف ما إذا قل ابتداءً لأن الحق لم يتقرر بعد (وجه) قول أبي يوسف أن الحق ثبت له في كل الدار والحق إذا ثبت لا يسقط إلا بالسقاط ولم يوجد فبقى كما كان أن شاء أخذ الكل بالشفعة وإن شاء ترك وجواب محمد رحمه الله عن هذا أنه وجد منه الإسقاط في النصف الذي لم يطلبه من طريق الدلالة على ما بينا والله سبحانه وتعالى أعلم وأما الضروري فنحو أن يموت الشفيع بعد الطلبين قبل الأخذ بالشفعة فتبطل شفעתه وهذا عندنا وعند الشافعي رحمه الله لا تبطل ولو ارثه حق الأخذ ولقب المسئلة أن خيار الشفعة هل يورث عندنا لا يورث وعند يورث والكلام فيه من الجانبين على نحو الكلام في خيار الشرط وسيأتي ذكره في كتاب البيوع ولا يبطل بموت المشتري وللشفيع أن يأخذ من وارثه لأن الشفعة حق على المشتري ألا ترى أنه مجبور عليه في التملك فلا يسقط بموته كحق الرد بالعيب والله سبحانه وتعالى أعلم

فصل وأما بيان ما يملك به المشفوع فيه فنقول وبالله التوفيق المشفوع فيه يملك بالتملك وهو تفسير الأخذ بالشفعة فلا يملك للشفيع قبل الأخذ بل له حق الأخذ والتملك قبل الأخذ للمشتري لوجود سبب الملك فيه وهو الشراء فله أن يبيى ويهدم ويقلع ويؤجر ويطيّب له الأجر ويأكل من ثمار الكرم ونحو ذلك وكذلك أن يبيع ويهب ويوصي وإذا فعل ينفذ إلا أن للشفيع أن ينقض ذلك بالأخذ بالشفعة لأن حقه سابق على تصرف المشتري فيمنع الزم ومولج المشتري الدار مسجداً أو مقبرة فللشفيع أن يأخذها بالشفعة وينقض ما صنع المشتري كذا ذكر في الأصل وقال الحسن بن زياد بطلت شفעתه (وجه) قوله أن المشتري تصرف في ملك نفسه فينفذ كما لو باع إلا أن البيع ونحوه مما يحتمل النقص بعد وجوده فنفذ ولم يلزم وهذه التصرفات مما لا يحتمل الانتقاض كالأعتاق فكان نفاذها لزوماً ولأن تعلق حق الشفيع بالمبيع يمنع من صيرورته مسجداً إلا أن المسجد ما يكون خالصاً لله تعالى وتعلق حق العبد به يمنع خلوصه لله عز وجل فيمنع صيرورته مسجداً وله أن يأخذ الدار المشتراة بالشفعة لوجود السبب وهو جوار الملك أو الشركة في ملك المبيع وعلى هذا يخرج ما إذا اشترى داراً وله شفع في بيعت داراً إلى جنب هذه الدار فطالب المشتري بالشفعة وقضى له بها ثم حضر الشفيع يقضى له بالدار التي بجوارها ويغضى القضاء في الثانية للمشتري أما للشفيع فظاهر وأما للمشتري فلأن الجوار كان ثابتاً له وقت البيع والقضاء بالشفعة إلا أنه بطل بعد ذلك بأخذ الشفيع للدار بالشفعة وهذا لا يوجب بطلان القضاء لأنه تبين أن جوار الملك لم يكن ثابتاً كمن اشترى داراً وله شفع يقضى له بالشفعة ثم باع داره التي بها شفع أنه لا يبطل القضاء بالشفعة لما قلنا كذا هذا ولو كان الشفيع جارا للدارين فالمسئلة بحالها فيقضى له بكل الدار الأولى والنصف من الثانية لأنه جار خاص للدار الأولى فيختص شفعتها وهو مع المشتري جاران للدار الثانية فيبشتركان في شفعتها وشراء المشتري لا يبطل حقه في الشفعة ولأنه لا ينافيه بل يقرره على ما بينا فيما تقدم وروى عن أبي يوسف رحمه الله فيمن اشترى نصف دار ثم اشترى رجل آخر نصفها الآخر فخاصمه المشتري الأول فيقضى له بالشفعة بالشركة ثم خاصمه الجار في الشفعتين جميعاً أن الجار أحق بشفعة النصف الأول ولا حق له في النصف الثاني لأنه جار للنصف الأول فيأخذ الجوار والمشتري شريك عند بيع النصف الثاني لثبوت الملك له في النصف الأول بسبب الشراء وثبوت الحق للشفيع في النصف الأول لا يمنع ثبوت الملك للمشتري فيه فكان شريكاً عند بيع النصف الثاني والشريك مقدم على الجار وكذلك لو اشترى نصفها ثم اشترى نصفها الآخر رجل آخر فلم يخاصمه فيه حتى أخذ الجار النصف الأول فالجار أحق بالنصف الثاني لأن الملك وإن ثبت للمشتري الأول في النصف الأول لكنه قد بطل بأخذ الجار بالشفعة فبطل حقه في الشفعة ولو ورث رجل داراً فبيعت داراً مجنبها فأخذها بالشفعة ثم بيعت داراً إلى جنب الثانية فأخذها بالشفعة ثم استحققت الدار الموروثة وطلب المستحق الشفعة فإن المستحق يأخذ الدار الثانية والوارث أحق بالثالثة لأن بالاستحقاق تبين أن الدار التي يشفع بها الوارث كانت ملك المستحق فتبين أنه أخذ الثانية بغير حق اذ تبين أنه لم يكن جاراً فكانت الشفعة في الثانية للمستحق والوارث

يكون أحق بالتأثير لأن الملك كان ثابتاً للوارث عند بيع الثالثة فكان السبب وهو جوار الملك ثابتاً عنده ثم بطل الاستحقاق وبطلان الملك لا يوجب بطلان الشفعة وليس للشفيع أن ينقض قسمة المشتري حتى لو اشترى نصف دار من رجل مشاعاً وقاسم المشتري الباقي ثم حضر الشفيع فالقسمة ماضية ليس للشفيع أن ينقضها ليأخذ نصفها مشاعاً سواء كانت قسمته بقضاء أو بغير قضاء لأن القسمة من تمام القبض ولهذا لم تصح هبة المشاع فيها يحتمل القسمة لأن القبض شرط صحة الهبة والقبض على التمام لا يتحقق مع الشيع وإذا كانت القسمة من تمام القبض فالشفيع لا يملك قبض القبض بأن اشترى داراً أو قبضها ثم حضر الشفيع وأراد أن ينقض قبضه ليأخذها من الباقي يملك ذلك وإذا لم يملك قبض القبض لا يملك قبض ما به تمام القبض وهو القسمة بخلاف ما إذا كانت الدار مشتركة بين اثنين باع أحدهما نصيبه من رجل فقام المشتري الشرى الذي لم يبيع ثم حضر الشفيع له أن ينقض القسمة لأن القسمة هناك ليست من جملة القبض لأنها من حكم البيع الأول إذا بيع الأول كما أوجب الملك أو جوب القسمة في المشاع والبيع الأول لم يقع مع هذا المشتري الذي قاسم فلم تكن هذه القسمة بحكم العقد بل بحكم الملك والتصرف بحكم الملك يملك الشفيع قبضه كالبيع والهبة وللشفيع أن يأخذ النصف الذي أصاب المشتري بالشفعة سواء وقع نصيب المشتري من جانب الشفيع أو من جانب آخر لأن الشفعة وجبت له في النصف المشتري والنصف الذي أصاب المشتري هو المشتري لأن القسمة إفراز ولو وقع نصيب الباقي من جانب الشفيع فباعه بعد القسمة قبل طلب الشفيع الشفعة الأولى ثم طلب الشفيع فإن قضى القاضي بالشفعة الأخيرة جعل نصف الباقي بين الشفيع وبين المشتري وقضى بالشفعة الأولى وهي نصف المشتري للشفيع لأن الشفيع مع المشتري جاران لنصف الباقي والشفيع جار خاص لنصف المشتري ولو بدأ قبض الشفيع بالشفعة الأولى قضى له بالأخيرة أيضاً لأنه لما قضى له بالشفعة الأولى بطل حق جوار المشتري فلم يبق له حق الأخذ بالشفعة وللشفيع أن يرد المشفوع فيه بخيار الرؤية والعيب وللمشتري حق الحبس لاستيفاء الثمن لأن الملك فيه لما كان يثبت بالتملك ببدل كان الأخذ بالشفعة شراء فبرأى فيه أحكام البيع والشراء والله سبحانه وتعالى أعلم

*(فصل) * وأما بيان طريق التملك بالشفعة وبيان كيفية التملك بالشفعة يكون بأحد طريقين إما بتسليم المشتري وأما بقضاء القاضي أما التملك بالتسليم بالبيع فظاهر لأن الأخذ بتسليم المشتري برضاه يبدل بيده الشفيع وهو الثمن يفسر الشراء والشراء تملك وأما بقضاء القاضي فالكلام فيه في ثلاثة مواضع في بيان كيفية التملك بالقضاء بالشفعة وفي بيان شرط جواز القضاء بالشفعة وفي بيان وقت القضاء بالشفعة أما الأول فالمبيع لا يخلو أما أن يكون في يد الباقي وأما أن يكون في يد المشتري فإن كان في يد الباقي ذكر الكرخي رحمه الله أن القاضي إذا قضى بالشفعة ينتقض البيع الذي كان بين الباقي وبين المشتري في المشهور من قولهم وروى عن أبي يوسف رحمه الله أنه لا ينقض واختلف المشايخ فيه قال بعضهم البيع لا ينتقض بل تتحول الصفة إلى الشفيع وقال بعضهم ينتقض البيع الذي جرى بين الباقي والمشتري وينعقد للشفيع بيع آخر كأنه كان من الباقي إيجاباً أحدهما مع المشتري والاخر مع الشفيع فإذا قضى القاضي بالشفعة فقد قبل الشفيع الإيجاب الذي أضيف إليه وانتقض ما أضيف إلى المشتري سواء قبل المشتري الإيجاب المضاف إليه أو لم يقبل (وجه) قول من قال بالتحويل لا بالانتقاض أن البيع لو انتقض لتعذر الأخذ بالشفعة لأنه من شرائط وجوب الشفعة فإذا انتقض لم يجب فتعذر الأخذ (وجه) قول من قال أنه ينتقض نص محمد والمقول والأحكام أما الأول فقد ذكر محمد رحمه الله وقال انتقض البيع فيما بين الباقي والمشتري وهذا نص في الباب وأما القول فن وجهين أحدهما أن القاضي إذا قضى بالشفعة قبل القبض فقد عجز المشتري عن قبض المبيع والعجز عن قبض المبيع يوجب بطلان البيع خلوه عن الفائدة كما إذا هلك المبيع قبل القبض والثاني أن الملك قبل الأخذ بالشفعة للمشتري لوجود آثار الملك في حقه على ما بينا فيما تقدم ولو تحول الملك إلى الشفيع لم يثبت الملك للمشتري وأما الأحكام

فان للشفيع أن يرد الدار على من أخذها منه بخيار الرؤية وإذا رد عليه لا يعود شراء المشتري ولو تحولت الصفقة الى الشفيع لماد شراء المشتري لان التحول كان لضرورة مراعاة حق الشفيع ولما رد فقد زالت الضرورة فينبغي أن يعود الشراء ولا نهال تحولت اليه لصار المشتري وكيل للشفيع لان عقده يقع له ولو كان كذلك لما ثبت للشفيع خيار الرؤية اذا كان المشتري رآها قبل ذلك ورضى بها لان خيار الرؤية يبطل برؤية الوكيل ورضاه وكذلك لو كان الشراء بمن مؤجل فأراد الشفيع أن يأخذها للحال يأخذ بمن حال ولو تحولت الصفقة اليه لأخذها بمن مؤجل وكذا لو اشتراها على أن البائع يرى من كل عيب بها عند البيع ثم أخذها الشفيع فوجد بها عيبا فله أن يردّها على من أخذها منه ولو تحولت تلك الصفقة الى الشفيع لما ثبت له حق الرد كما ثبت للمشتري فدلّت هذه المسائل على أن شراء المشتري ينتقض ويأخذها الشفيع بشراء مبتدأ بعد إيجاب مبتدأ مضاف اليه وقد خرج الجواب عن قولهم أن البيع لو انتقض لتعذر الأخذ بالشفعة لانه لا يأخذ بذلك العقد لا تنقاضه بل بمقدّم مبتدأ مقرر بين البائع وبين الشفيع على ما يناقش به والله سبحانه وتعالى أعلم وان كان المبيع في يد المشتري أخذ منه ودفع الثمن الى المشتري والبيع الاول صحيح لان التملك وقع على المشتري فيجعل كأنه اشترى منه ثم اذا أخذ الدار من يد البائع يدفع الثمن الى البائع وكانت العهدة عليه ويسترد المشتري الثمن من البائع ان كان قد قد وان أخذها من يد المشتري دفع الثمن الى المشتري وكانت العهدة عليه لان العهدة هي حق الرجوع بالثمن عند الاستحقاق فيكون على من قبض الثمن وروى عن أبي يوسف رحمه الله أن المشتري اذا كان قد اثنى ولم يقبض الدار حتى قضى للشفيع بمحض منهما أن الشفيع يأخذ الدار من البائع ويتقدّم الثمن للمشتري والعهدة على المشتري وان كان لم يتقدّم دفع الشفيع الثمن الى البائع والعهدة على البائع لا نه اذا كان قد اثنى للبائع فملك لا يقع على البائع أصلا لانه لا ملك له ولا بد أيضا لبطلان حق الحبس بنقد الثمن بل يقع على المشتري فيكون الثمن له والعهدة عليه واذا كان لم يتقدّم للبائع حق الحبس فلا يتمكن الشفيع من قبض الدار الا بدفع الثمن الى البائع فكانت العهدة على البائع وأما شرط جواز القضاء بالشفعة فحصة المقضى عليه لان القضاء على الغائب لا يجوز وجملة الكلام فيه أن المبيع اما أن يكون في يد البائع واما أن يكون في يد المشتري فان كان في يد البائع فلا بد من حضرة البائع والمشتري جميعا لان كل واحد منهما خصم أما البائع فباليد وأما المشتري فبالملك فكان كل واحد منهما مقضيا عليه فيشترط حضرتهما لئلا يكون قضاء على الغائب من غير أن يكون عنه خصم حاضر وأما ان كان في يد المشتري فحصة البائع ليست بشرط ويكتفى بحضرة المشتري لان البائع خرج من أن يكون خصما لزوال ملكه ويده عن المبيع فصار كالاجنبي وكذا حضرة الشفيع أو وكيله شرط جواز القضاء بالشفعة لان القضاء على الغائب كالا يجوز فالحق للغائب لا يجوز أيضا ثم القاضي اذا قضى بالشفعة ثبتت الملك للشفيع ولا يقف ثبوت الملك له على التسليم لان الملك للشفيع ثبت بمنزلة الشراء والشراء الصحيح يوجب الملك بنفسه وأما وقت القضاء بالشفعة فوقته وقت المنازعة والمطالبة بها فاذا طال به الشفيع يقضى القاضي له بالشفعة سواء حضر الثمن أولا في ظاهر الرواية وللمشتري أن يحبس الدار حتى يستوفي الثمن من الشفيع وكذا الورثة لان التملك بالشفعة بمنزلة الشراء من المشتري وللبائع حق حبس المبيع لاستيفاء الثمن فان أبي أن يتقدّم حبه القاضي لانه ظهر ظلمه بالامتناع من إيفاء حق واجب عليه فيحبسه ولا ينتقض الشفعة كالمشتري اذا امتنع من إيفاء الثمن انه يحبس ولا ينتقض البيع وان طلب أجلا لنقد الثمن أجله يوما أو يومين أو ثلاثة أيام لانه لا يمكنه النقد للحال فيحتاج الى مدة يتمكن فيها من النقد فيمهل ولا يحبس لان الحبس جزء الظلم بالمطل ولم يظهر مطله فان مضى الاجل ولم يتقدّم حبه وقال محمد رحمه الله ليس ينبغي للقاضي أن يقضى بالشفعة حتى يحضر الشفيع المال فان طلب أجلا أجله يوما أو يومين أو ثلاثة أيام ولم يقض له بالشفعة فان قضى بالشفعة ثم أبي الشفيع أن يتقدّم حبه وهذا عندى ليس باختلاف على الحقيقة وللقاضي أن يقضى بالشفعة قبل احضار الثمن بلا خلاف لان لفظ محمد رحمه الله ليس ينبغي للقاضي أن يقضى بالشفعة حتى يحضر الشفيع المال لا يدل على أنه ليس له أن يقضى بل هو اشارة الى نوع احتياط

واختيار الاول لا تستعمل لفظة لا ينبغي الا في مثله ولهذا الوقضى جاز وتقدضاؤه نص عليه محدود وليس ذلك لكونه محل الاجتهاد ولان القضاء بمذهب المخالف في المجتهديات انما ينفذ بشرطة اعتقاد اصابته فيه واقضاء اجتهاده اليه وقد اطلق القضية في النفاذ من غير هذا الشرط فدل انه لا خلاف في المسئلة على التحقيق ثم ان ثبت الخلاف (فوجه) قول محمد ان حق الشفعة انما يثبت لدفع ضرر الدخيل عن الشفيع والقضاء قبل احضار الثمن يتضمن الضرر بالمشتري لاحتمال افلاس الشفيع ودفع الضرر عن الانسان باضرار غيره متناقض فلا يقضى قبل الاحضار ولكن يؤجله يومين أو ثلاثة ان طلب التأجيل تمكينه من تقديم الثمن (وجه) ظاهر الرواية ان الشفيع يصير ممتلكا المشفوع فيه بمقتضى القضاء بالشفعة كان اشتراؤه منه والتملك بالشراء لا يقف على احضار الثمن كما في الشراء المبتدأ وقال محمد رحمه الله لو ضرب له القاضى أجلا فقال له ان لم تأت بالثمن الى وقت كذا فلا شفعة لك فلم يأت به بطلت شفعته وكذا اذا قال الشفيع ان لم أعطك الثمن الى وقت كذا فانا برى من الشفعة لان هذا تعليق اسقاط حق الشفعة بالشرط والاسقاطات مما يحتمل التعليق بالشرط كالطلاق والعناق ونحو ذلك

فصل وما يبان شرط التملك بالشفعة له شرطان أحدهما رضا المشتري أو قضاء القاضى لان تملك مال الغير مما لا سبيل اليه في الشرع الا بالتراضي أو بقضاء القاضى فلا يثبت التملك بدونهما والثاني أن لا يتضمن التملك تفريق الصفة على المشتري فان تضمن ليس له أن يملك لان في التفريق ضرر بالمشتري وهو ضرر الشركة ودفع الضرر بالضرر متناقض وعلى هذا يخرج ما اذا أراد الشفيع أن يأخذ بعض المشتري بالشفعة دون بعض أنه هل يملك ذلك فجعله الكلام فيه ان المشتري لا يخلو اما أن يكون بعضه ممتازا عن البعض واما أن لا يكون فان لم يكن بأن اشترى دارا واحدة فأراد الشفيع أن يأخذ بعضها بالشفعة دون البعض أو يأخذ الجانب الذي يلي الدار دون الباقي ليس له ذلك بلا خلاف بين أصحابنا ولكن يأخذ الكل أو يدع له لأنه لو أخذ البعض دون البعض لتفرقت الصفة على المشتري لان الملك له في كل الدارين بقول واحد فكان أخذ البعض تفرقا فلا يملك الشفيع وسواء اشترى واحد من واحد أو واحد من اثنين أو أكثر حتى لو أراد الشفيع أن يأخذ نصيب أحد البائعين ليس له ما قلنا سواء كان المشتري قبض أو لم يقبض في ظاهر الرواية عن أصحابنا وروى عنهم أن الشفيع أن يأخذ نصيب أحد البائعين قبل القبض وليس له أن يأخذ من المشتري نصيب أحدهما بعد القبض (وجه) هذه الرواية ان التملك قبل القبض لا يتضمن معنى التفريق لان التملك يقع على البائع وقد خرج نصيبه عن ملكه فلا يلزمه ضرر التفريق وهو ضرر الشركة بخلاف ما بعد القبض لان التملك بعد القبض يقع على المشتري لا ترى ان العهدة عليه وفيه تفريق ملكه والصحيح جواب الرواية لان الملك قبل القبض للمشتري بصفة واحدة فملك نصيب أحد البائعين تفريق ملكه فيلزمه ضرر الشركة ولو اشترى رجلان من رجل دارا فالشفيع أن يأخذ نصيب أحد المشتريين في قولهم جميعا لان الاخذ هنا لا يتضمن التفريق لان الصفة حصلت متفرقة وقت وجودها اذا الملك في نصيب كل واحد منهما ثبت بقوله فلم تتحد الصفة فلا يقع الاخذ تفرقا لحصول التفريق قبله وسواء كان بعد القبض أو قبله في ظاهر الرواية وروى انه ليس للشفيع أن يأخذ قبل القبض الا الكل وبعد القبض له أن يأخذ نصيب أحد المشتريين (وجه) هذه الرواية ان أخذ البعض قبل القبض يتضمن تفريق اليد على البائع والتملك قبل القبض لا يتضمن التفريق لان التملك يقع على البائع وانه لا يجوز ألا ترى ان أحد المشتريين لو أراد أن يقبض حصته دون صاحبه ليس له ذلك (وجه) ظاهر الرواية ما ذكرنا ان الصفة حصلت متفرقة من ابتداء فلا يكون أخذ البعض تفرقا لحصول التفريق قبل الاخذ وقوله فيه تفريق اليد وهو القبض ممنوع فالشفيع يملك نصيب أحد المشتريين بالشفعة ولكنه لا يفرق اليد حتى لو قد اثنى ليس له أن يقبض أحد النصفين ما لم يتقد الآخر كيلا يتفرق القبض وسواء سمي لكل نصف ثمن على حدة أو سمي للجملة ثمن واحد أو لغيره لا اتحاد الصفة وتعدد هالا لاتحاد الثمن وتعدد له لان المانع من التفريق هو الضرر والضرر

ينشأ عن اتحاد الصفة لا عن اتحاد الثمن وسواء كان المشتري عاقد لنفسه أو لغيره في الفصلين جميعاً حتى لو وكل رجلان جميعاً رجلاً واحداً بالشراء فاشترى الوكيل من رجلين فجاء الشفيع ليس له أن يأخذ نصيب أحد الباعين بالشفعة ولو وكل رجل واحد رجلين فاشترى يامن واحد فالشفيع أن يأخذ ما اشتراه أحد الوكيلين وكذا لو كان الوكلاء عشرة اشترى الرجل واحد فالشفيع أن يأخذ من واحد أو من اثنين أو من ثلاثة قال محمد رحمه الله وإنما أنظر في هذا إلى المشتري ولا أنظر إلى المشتري له وهو نظر صحيح لأن الأخذ بالشفعة من حقوق البيع وانهار اجماع إلى الوكيل فكانت العبرة لاتحاد الوكيل وتعدد دون الموكل والله سبحانه وتعالى أعلم وإن كان المشتري بعضه ممتازاً عن البعض بأن اشترى دارين صفقة واحدة فأراد الشفيع أن يأخذ أحدهما دون الأخرى فإن كان شفعياً لهما جميعاً فليس له ذلك ولكن يأخذهما جميعاً أو يدعهما وهذا قول أصحابنا الثلاثة رضي الله تعالى عنهم وقال زفر رحمه الله له أن يأخذ أحدهما بمحضتهما من الثمن (وجهه) قوله إن المانع من أخذ البعض دون البعض هو لزوم ضرر الشركة ولم يوجد ههنا لا انفصال كل واحدة من الدارين عن الأخرى (ولنا) أن الصفة وقعت بمحضتهما لأن المشتري ملك الدارين بقبول واحد فلا يملك الشفيع ثمرتها كما في الدار الواحدة وقوله ليس فيه ضرر الشركة مسلم لكن فيه ضرر آخر وهو أن الجمع بين الجيد والردى في الصفة معتاد فيما بين الناس فلو ثبت له حق أخذ أحدهما لاخذ الجيد فيتضرر له المشتري لأن الردى لا يشتري وحده بمثل ما يشتري مع الجيد فيتضرر به وسواء كانت الداران متلاصقتين أو متفرقتين في مصر واحد أو مصرين فهو على الاختلاف لما ذكرنا من المعنى في الجانبين فإن كان الشفيع شفعياً لأحدهما دون الأخرى ووقع البيع صفقة واحدة فهل له أن يأخذ الكل بالشفعة روى عن أبي حنيفة أنه ليس له أن يأخذ إلا التي تجاوز به الحصة وكذا روى عن محمد في الدارين المتلاصقتين إذا كان الشفيع جارا لأحدهما أنه ليس له الشفعة إلا فيما يليه وكذا قال محمد في الأقرحة المتلاصقة وواحد منها يلي أرض إنسان وليس بين الأقرحة طريق ولا نهر إنما هي منسأة أنه لا شفعة له إلا في القراح الذي يليه خاصة وكذلك في القرية إذا بيعت بدورها وأراضيها أن لكل شفيع أن يأخذ القراح الذي يليه خاصة وروى الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنه أن للشفيع أن يأخذ الكل في ذلك كله بالشفعة قال الكرخي رواية الحسن تدل على أن قول أبي حنيفة كان مثل قول محمد رحمه الله ثم رجع عن ذلك فجعله كالدار الواحدة (وجهه) الرواية الأولى أن سبب ثبوت الحق وهو الجوار وجد في أحدهما وهو ما يليه فلا يملك الأخذ أحدهما والشفعة وإن وقعت بمحضتهما ولكنها أضيفت إلى شئئين أحدهما ثبت فيه حق الشفعة والأخر لم يثبت فيه حق الشفعة فله أن يأخذ ما ثبت فيه الحق كما إذا اشترى عقاراً أو منقولاً صفقة واحدة أنه يأخذ العقار خاصة كذا هذا (وجهه) الرواية الأخرى أن سبب الوجوب وإن وجد فيما يليه دون الباقي لكن لا سبيل إلى أخذه خاصة بدون الباقي لما فيه من تفرق الصفقة فإخذ ما يليه قضية للسبب وإخذ الباقي ضرورة التحرز عن تفرق الصفقة

فصل وأما بيان ما يملك به فنقول والله التوفيق ثمن المشتري لا يخلو إما أن يكون مماله مثل المكيلات والموزونات والعديدات المتقاربة وإما أن يكون ممالاً مثل له كالزروع والمعدودات المتفاوتة كالثوب والعبد ونحو ذلك فإن كان مماله مثل فالشفيع يأخذ بمثله لأن فيه تحقيق معنى الأخذ بالشفعة إذ هو تملك بمثل ما تملك به المشتري وإن كان ممالاً مثل له يأخذ بقيمته عند عامة العلماء وقال أهل المدينة يأخذ بقيمة المشتري (وجهه) قولهم إن المصير إلى قيمة المبيع عند تعذر إيجاب المسمى من الثمن هو الأصل في الشريعة كما في البيع الفاسد وههنا تعذر الأخذ بالمسمى فصار إلى قيمة الدار والعقار ولنا أن الأخذ بالشفعة يملك بمثل ما تملك به المشتري فإن كان الثمن الذي تملك به المشتري من ذوات الأمثال كان الأخذ به تملكاً بالمثل بصورة ومعنى وإن لم يكن من ذوات الأمثال كان الأخذ بقيمته تملكاً بالمثل معنى لأن قيمته مقدار ما يليه بتقويم القومين لهذا سميت قيمته بقيمته مقامه فكان مثله معنى وأما قيمة الدار فلا تكون مثل العبد والثوب لا بصورة ولا معنى فالملك بها لا يكون تملكاً بالمثل فلا

يتحقق معنى الاخذ بالشفعة ولو تباعد ارباب ارباب فلفشيع كل واحدة من الدارين أن يأخذها بقيمتها لان الدار ليست من ذوات الامثال فلا يمكن الاخذ بمثلها فياً أخذ بقيمتها كالعبد والثوب وعلى هذا يخرج ما لو اشترى داراً بمرض ولم يتفادى حتى هلك المرض بطل البيع فيما بين البائع والمشتري وللشفعة الشفعة وكذلك لو كان المشتري قبض الدار ولم يسلم العرض حتى هلك أما بطلان البيع فيما بين البائع والمشتري فلان العرض مبيع اذ المبيع في الاصل ما يتعين بالتعيين في البيع والعرض يتعين بالتعيين في البيع فكان مبيعاً وهلاك المبيع قبل القبض يوجب بطلان البيع لتعذر التسليم بعد الهلاك فلم يكن في ابقاء العقد فائدة فيبطل وأما بقاء الشفعة للشفيع فلان الواجب عليه قيمة العرض لا عينه والقيمة مقدور التسليم في حقه فكان بقاء العرض في حق الشفيع وهلاكه بمنزلة واحدة ثم الشفيع انما يأخذ بما وجب بالعقد لا بما أعطى بدلاً من الواجب لما ذكرنا ان الاخذ بالشفعة يملك بمثل ما تملك به المشتري والمشتري تملك المبيع بالمسمى وهو الواجب بالعقد فياً أخذ الشفيع به حتى لو اشترى الدار بالدرهم والدنانير ثم دفع مكانها عرضاً فالشفيع يأخذ بالدرهم والدنانير لا بالعرض لان الدرهم والدنانير هي الواجبة بالعقد وأما المرض فانما أخذه البائع بعقد آخر وهو الاستبدال فلم يكن واجباً بالعقد فصار كان البائع اشترى بالثمن عرضاً ابتداء ثم حضر الشفيع ولو كان كذلك لكان يأخذ بالثمن لا بالعرض كذا هذا والله عز وجل اعلم ولوزاد المشتري البائع في الثمن فالزاد لا يلزم الشفيع لان الشفيع انما يأخذ بما وجب بالعقد والزاد ما وجبت بالعقد في حق الشفيع لا نعد ما وقت العقد حقيقة الا انها جعلت موجودة عند العقد في حق المتعاقدين تصحيحاً لتصرفهما فلا يظهر الوجود في حق الشفيع فلم تكن الزيادة ثمناً في حقه بل كانت هبة مبتدأة فلا تتعلق بها الشفعة كالهبة المبتدأة ولو حط البائع عن المشتري أو أبراه عن البعض فالشفيع يأخذ بما بقي لان حط بعض الثمن يلحق بأصل العقد ويظهر في حق الشفيع كان المقدم ما ورد الا على هذا القدر بخلاف الزيادة فان التحاقها لا يظهر في حق الشفيع لما بينا ولا في تصحيح الزيادة ثمناً في حق الشفيع ضرراً به ولا ضرر عليه في الحط ولو حط جميع الثمن يأخذ الشفيع بجميع الثمن ولا يسقط عنه شيء لان حط كل الثمن لا يلحق بأصل العقد لانه لو التحق لبطل البيع لانه يكون بيعاً بلا ثمن فلم يصح الحط في حق الشفيع والتحقيق في حقه بالعدم فياً أخذ بجميع الثمن ولا يسقط عنه شيء لان حط كل الثمن لا يلحق بأصل العقد وصح في حق المشتري وان كان ابراه عن الثمن ولو اشترى داراً بثمن مؤجل فالشفيع بالخيار ان شاء أخذها بثمن حال وان شاء انتظر مضي الاجل فأخذ عند ذلك وليس له أن يأخذها للحال بثمن مؤجل لان الشفيع انما يأخذ بما وجب بالبائع والاجل لم يجز بالبائع وانما وجب بالشرط والشرط لم يوجد في حق الشفيع ولهذا لم يثبت خيار المشتري للشفيع بأن اشترى على انه بالخيار لان ثبوته بالشرط ولم يوجد من الشفيع وكذا البراءة عن العيب لا تثبت في حق الشفيع لان ثبوتها بالشرط ولم يوجد مع الشفيع كذا هذا وله أن يمتنع من الاخذ في الحال لان الشفيع غير مجبور على الاخذ بالشفعة ولو اختار الشفيع أخذ الدار بثمن حال كان الثمن للبائع على المشتري الى أجل لان الاخذ من المشتري تملك منه بمنزلة التملك المبتدأ كانه اشترى منه فلا يوجب بطلان البيع الا بالاول فبقى الاول على حاله فكان الثمن على حاله الى أجله وروى عن أبي يوسف في شراء الدار بثمن مؤجل انه يجب على الشفيع ان يطلب عند علمه بالبائع فان سكت الى حين محل الاجل فذلك تسليم منه ثم رجع وقال اذا طلب عند حل الاجل فله الشفعة وان لم يطلب عند علمه بالبائع (وجه) قوله الاول ان وقت الطلب هو وقت العلم بالبائع لا وقت حل الاجل فقد أخره عن وقته من غير عذر فبطل الحق (وجه) قوله الاخر ان الطاب لا يراد لعينه بل لتأكيده الحق واستقراره والتأكيده لا يراد لنفسه بل لا مكان الاخذ وله أن لا يأخذ قبل حل الاجل فله أن لا يطلب قبل حله أيضاً والله تعالى اعلم

فصل وأما ما يملك بالشفعة فالذي يملك الشفيع بالشفعة هو الذي ملكه المشتري بالشراء سواء ملكه أصلاً أو تبعاً بعد أن يكون متصلًا وقت التملك بالشفعة وذلك نحو البناء والفرس والزرع والتمر وهذا استحسان

والقياس ان لا يؤخذ البناء والفرس والزرع والثمر بالشفعة (وجهه) القياس ان الشفيع انما يملك ما يثبت له فيه حق الشفعة وانه يثبت في العقار لا في المنقول وهذه الاشياء منقولة فلم يثبت فيها الحق فلا تملك بالشفعة وخاصة الزرع والثمر لانهما مبيعان ومقصودان لا يدخلان في العقد من غير تسمية فلم يثبت الحق فيهما الا أصلاً ولا تبعاً ولنا ان الحق اذا ثبت في العقار يثبت فيما هو تبع له لان حكم التبع حكم الاصل وهذه الاشياء تابعة للعقار حالة الاتصال أما البناء والفرس فظاهران لان قيامهما بالارض وكذلك الزرع والثمر لان قيام الزرع وقيام الثمر بالشجر وقيام الشجر بالارض فكان تبعاً للارض بواسطة الشجر فيثبت الحق فيهما تبعاً فيملكهما بالشفعة بطريق التبعية الا انهما لا يدخلان في العقد الا بالتسمية مع وجود التبعية حقيقة بالنص وهو ما سنرى في كتاب البيوع عن سيدنا رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال من باع نخلاً قد أبرت فثمرتها للبائع الا أن يشترطها المبتاع فادام البناء والشجر متصلين بالارض فللشفيع أن يأخذ الارض معه بالثمن الاول وكذلك أن يأخذ الارض مع الثمر والزرع بالثمن الاول بقل كان الزرع أو مستحصداً اذا كان متصلاً فأما اذا زال الاتصال ثم حضر الشفيع فلا سبيل للشفيع عليه وان كان عينه قائمة سواء كان الزوال بآفة ساهوية أو بصنع المشتري أو الاجنبي لان حق الشفعة في هذه الاشياء انما ثبت معدولاً به عن القياس معلولاً بالتبعية وقد زالت التبعية بزوال الاتصال فيرد الحكم فيه الى أصل القياس وهل يسقط عن الشفيع حصته من الثمن هذا لا يخلو اما ان كان مما يدخل في العقد من غير تسمية واما ان كان مما لا يدخل فيه الا بالتسمية فان كان مما يدخل في العقد من غير تسمية كالبناء والشجر ينظر ان كان زوال الاتصال بآفة ساهوية بأن احترق البناء أو غرق أو جف شجر البستان لا يسقط شيء من الثمن والشفيع يأخذ الارض بجميع الثمن ان شاء أخذ وان شاترك وكذلك لو انهدمت الدار سواء بقى عين النقص أو هلك كذا ذكر القدرى رحمه الله في مختصره وسوى بينه وبين الفرق والحرق وغرق الكرخى رحمه الله فقال ان احترق أو غرق ولم يبق منه شيء لا يسقط شيء من الثمن وان انهدم يسقط عن الشفيع حصته من الثمن وسوى بينه وبين ما اذا انهدم بفعل المشتري أو الاجنبي لكنه فرق بينهما من وجه آخر وهو ان هناك تعتبر قيمته متصلاً فيقسم الثمن على قيمة البناء مبنياً وعلى قيمة الارض فيأخذ الارض بحصتها من الثمن وهنا يعتبر منفصلاً ساقطاً ويسقط ذلك القدر من الثمن والصحيح ما ذكره القدرى رحمه الله لان البناء تبع والانواع لا حصة لها من الثمن الا أن تصير مقصودة بالفعل وهو التلاف والقبض ولم يوجد ولهذا لو احترق أو غرق لا يسقط شيء من الثمن كذا هذا وان كان زوال الاتصال بفعل المشتري أو اجنبي بأن انهدم البناء أو قطع الشجر تسقط حصته من الثمن لانه صار مقصوداً بالتلاف فصار له حصة من الثمن كطراف العبد ويقسم الثمن على البناء مبنياً وعلى قيمة الارض لانه انما يسقط حصة البناء فصار مضموناً عليه بفعله وهو الهدم والهدم صادفه وهو مبنى فتعتبر قيمته مبنياً بخلاف ما اذا انهدم بنفسه على رواية الكرخى رحمه الله لانه انهدم لا يصنع أحد فيعتبر حاله يوم الانهدام ولو لم يهدم المشتري البناء لكنه باعه بغير ارض ثم حضر الشفيع كان أحق بالبناء والارض فيأخذ وينتقض البيع في البناء لانه باع البناء وحق الشفيع متعلق به تبعاً للارض لوجود الاتصال فكان سبيل من ابطال البيع كمالو باع الاصل وهو الارض ثم حضر الشفيع أن له أن يأخذ وينتقض البيع كما قلنا كذا هذا وان كان مما لا يدخل في العقد الا بالتسمية كالثمر والزرع يسقط عن الشفيع حصته من الثمن سواء كان زوال الاتصال بصنع العبد أو بآفة ساهوية بخلاف الفصل الاول اذا احترق البناء أو غرق أو انهدم على رواية القدرى رحمه الله انه لا يسقط شيء من الثمن لان البناء مبيع تبعاً لا مقصوداً لثبوت حكم البيع فيها تبعاً لا مقصوداً بالتسمية والانواع ما لها حصة من الثمن الا اذا صارت مقصودة بالفعل ولم يوجد فأما الثمر والزرع فكل واحد منهما مبيع مقصود الا يرى انه لا يدخل في العقد من غير تسمية فلا بد وأن يخصه شيء من الثمن فان هلك يهلك بحصته من الثمن سواء هلك بنفسه أو بالاسهالك لما قلنا وتعتبر قيمته يوم العقد لانه أخذ الحصة بالعقد فتعتبر قيمته يوم العقد فيقسم الثمن على قيمة

الارض وعلى قيمة الزرع وقت العقد لكنه كيف تعتبر قيمتها يوم العقد مفصولاً بمجذوذاً أم قائماً روى عن أبي يوسف أنه تعتبر قيمة الزرع وهو بقل مفصول ومجذوذ فيسقط عنه ذلك القدر وروى عن محمد بن النواذر أنه يعتبر قيمته قائماً فتقوم الارض وفيها الزرع والتمر وتقوم وليس فيها الزرع والتمر فيسقط عن الشفيع ما بين ذلك (وجه) قول محمد بن الزرع دخل في العقد وهو متصل ويثبت الحق فيه وهو منفصل وكذا التمر فتعتبر قيمتها على صفة الاتصال على أن في اعتبار حالة الاتصال انفصال اضراً بالشفيع اذ ليس للمفصول والتمر المجذوذ كثير قيمة فيتضرر به الشفيع (وجه) قول أبي يوسف ان حق الشفيع انما يسقط بعد زوال الاتصال فتعتبر قيمتها منفصلاً لا متصلاً وكذا لو كانت الارض مبدورة ولم يطلع الزرع بعد ثم طلع فقضيه المشتري عند أبي يوسف يقسم الثمن على قيمة البذر وعلى قيمة الارض فيسقط قدر قيمة البذر عن الثمن وعند محمد تقوم الارض مبدورة وغير مبدورة فيسقط عنه ما بين ذلك اذا أجز الشفيع الارض مع الشجر بحصتها من الثمن وقيمت الثمرة في يد البائع هل يثبت الخيار للمشتري ذكر محمد بن النواذر ان شاء أخذ الارض بحصتها من الثمن ولو كان البائع أ تلف الثمرة قبل أن يأخذ الشفيع الارض بالشفعة فالمشتري بالخيار ان شاء أخذ الارض بحصتها من الثمن وان شاء ترك لانه لما تلف الثمرة فقد فرق الصفقة على المشتري قبل التمام من غير رضاه وأنه يوجب الخيار بخلاف ما اذا كان الشفيع أخذ الارض بالشفعة لان التفريق هناك حصل رضا المشتري لان حق الشفيع كان ثابتاً في المأخوذ وانتهى حق لازم فكان التفريق هناك لضرورة حق ثابت لازم شرعاً فكان المشتري راضياً به والتفريق المرضي به لا يوجب الخيار والله سبحانه وتعالى أعلم هذا اذا كانت هذه الأشياء موجودة عند العقد متصلة بالعقار ودام الاتصال الى وقت التملك بالشفعة أو زال ثم حضر الشفيع فاما اذا لم تكن موجودة عند العقد وجدت بعده ثم حضر الشفيع فان كان الحادث مما ثبت حكم البيع فيه تبعاً وهو التمر بأن وقع البيع ولا تمر في الشجر ثم أثمر بعده ثم حضر الشفيع فادام متصلاً يأخذه الشفيع مع الارض بالثمن الاول استحساناً لانه ثبت حكم البيع فيه تبعاً لثبوته في الارض بواسطة الشجر فكان مبيعاً تبعاً فيثبت حق الشفعة تبعاً سواء حدث في يد المشتري أو في يد البائع لان الشفعة موجودة في الحالين فان زال الاتصال فحضر الشفيع فان كان حدث في يد المشتري فالشفيع يأخذ الارض والشجر بالثمن الاول ان شاء وان شاء ترك ولا يسقط شيء من الثمن وسواء كان زواله بآفة ساء به وهو قائم بعد الزوال أو هالك أو كان زواله بفعل أحد ما اذا كان بآفة ساء به وهو قائم أو هالك لانه كان تبعاً حالة الاتصال ولم يرد عليه فعل يصير به مقصوداً والتبع لا يصير له حصصة من الثمن بدونه وأما اذا كان الزول بصنع العبد بان جده المشتري وهو قائم أو هالك فلا نه لم يرد عليه العقد ولا القبض وان كان حدث في يد البائع فان كان الزوال بآفة ساء به وهو قائم أو هالك فكذلك أخذ الشفيع الارض والشجر بجميع الثمن ان شاء لانه لم يوجد فعل يصير به مقصوداً فيقال له الثمن وان كان فعل البائع بأن استهلكه يسقط عن الشفيع حصته من الثمن لصيرورته مقصوداً بالاتلاف وان كان الحادث مما لم يثبت فيه حكم البيع رأساً أصلاً ولا تبعاً بأن بنى المشتري بناء أو غرس أو زرع ثم حضر الشفيع بقضى له بشفعة الارض ويجبر المشتري على قلع البناء والغرس وتسليم الساحة الى الشفيع الا اذا كان في القلع نقصان الارض فالشفيع الخيار ان شاء أخذ الارض بالثمن والبناء والغرس بقيمته مقلوعاً وان شاء أجبر المشتري على القلع وهذا جواب ظاهر الرواية وروى عن أبي يوسف انه لا يجبر المشتري على قلع البناء والغرس ولكنه يأخذ الارض بشمها والبناء والغرس بقيمته قائماً غير مقلوع ان شاء وان شاء ترك وبه أخذ الشافعي رضي الله عنه واجمعوا على أن المشتري لو زرع في الارض ثم حضر الشفيع انه لا يجبر المشتري على قلعها ولكنه ينتظر ادراكه الزرع ثم يقضى له بالشفعة فيأخذ الارض بجميع الثمن (وجه) رواية أبي يوسف رحمه الله ان في الجبر على القبض ضرراً بالمشتري وهو باطل تصرفه في ملكه وفيما قلنا مراعاة الجانبين (أما) جانب المشتري فظاهر لان فيه صيانة حقه عن الابطال (وأما) جانب الشفيع فلا نه يأخذ البناء بقيمته وأخذ الشيء بقيمته لا ضرر فيه على أحد (وجه) ظاهر

الرواية ان حق الشفيع كان متعلقا بالارض قبل البناء ولم يطل ذلك بالبناء بل بقي فاذا قضى له بالشفعة فقد صار ذلك الحق ملكا له فيؤمر بتسليم ملكه اليه ولا يمكنه التسليم الا بالنقض فيؤمر بالنقض ولهذا أمر الغاصب والمشتري عند الاستحقاق بالنقض كذا هذا قوله في النقض ضرر بالمشتري قلنا ان كان فيه ضرر به فهو الذي أضر بنفسه حيث بنى على محل تعلق به حق غيره ولو أخذ الشفيع الارض بالشفعة وبنى عليها ثم استحققت وأمر الشفيع بنقض البناء فان الشفيع يرجع على المشتري بالثمن ولا يرجع عليه بقيمة البناء ان كان أخذ منه ولا على البائع أيضا ان كان أخذ منه في ظاهر الرواية وروى عن أبي يوسف رحمه الله انه يرجع عليه (وجه) هذه الرواية ان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء من المشتري ولو كان اشتراه لرجع عليه كذا اذا أخذ بالشفعة له الرجوع بقيمة البناء في الشراء لوجود الفرو ومن البائع وضمان السلامة للمشتري لان كل بائع مخير للمشتري انه يبيع ملك نفسه وشارط سلامة ما يبي فيه دلالة فاذا لم يسلم يدفع بحكم الضمان المشروط دلالة اذ ضمان الفرو وضمان الكفالة في الحقيقة ولا غرور من المشتري في حق الشفيع لانه مجبور على التملك منه وحق الرجوع بضمان الفرو على المختار ولا على الجبور كالجارية المأسورة اذا اشتراها رجل فأخذها المالك القديم بالثمن واستولدها ثم استحققت من يده وقضى عليه بالعقر وقيمة الولد فانه يرجع على المشتري بالثمن الذي دفعه اليه ولا يرجع عليه بقيمة الولد ومثله اذا استولد جارية بالشراء ثم استحققت فان المشتري يرجع على بائعه بالثمن وقيمة الولد لصبر ورته ومفروا من جهته ولا غرور من المشتري من الحربي لكونه مجبورا في التملك عليه بما أخذ من الحربي كذا هذا والله سبحانه وتعالى أعلم

فصل ١٠ وأما بيان من يملك منه الشخص المشفوع فيه فالشفيع يملك من الذي في يده ان كان في يد البائع أخذه منه وقده الثمن والعهد عليه وان كان في يد المشتري أخذه ودفع الثمن اليه والعهد عليه سواء كان المشتري عاقدا لنفسه أو لغيره بأن كان وكيلا بالشراء وقبض الدار ثم حضر الشفيع وهذا جواب ظاهر الرواية وروى عن أبي يوسف رحمه الله انه لا يأخذها من يد الوكيل (وجه) هذه الرواية أن الوكيل لم يشت لنفسه وانما اشتري لملكه فلم يكن هو خصما بل الخصم الموكل فلا يأخذ منه ولكن يقال له سلم الدار الى الموكل فاذا سلم يأخذها الشفيع منه (وجه) ظاهر الرواية ان الشفعة من حقوق العقد وانما راجعة الى الوكيل والوكيل في الحقوق أصل بمنزلة المشتري لنفسه فكان خصم الشفيع فإخذ الدار منه بالثمن وكانت العهدة عليه وان كان الوكيل سلم الدار الى الموكل ثم حضر الشفيع فانه يأخذ الدار من الموكل ويدفع الثمن اليه وكانت العهدة عليه ولا خصومة للشفيع مع الوكيل لانه بالتسليم الى الموكل زالت يده عن الدار فخرج من أن يكون خصما بمنزلة البائع اذا سلم الدار الى المشتري انه لا خصومة للشفيع مع البائع لما قلنا كذا هذا غير ان الدار اذا كانت في يد البائع لم يكن خصما ما لم يحضر المشتري واذا كانت في يد الوكيل يكون خصما وان لم يحضر الموكل لان الوكيل بالتوكيل قائم مقام الموكل والبائع ليس بقائم مقام المشتري لانعدام ما يوجب ذلك ولو قال المشتري قبل أن يخاصمه الشفيع في الشفعة انما اشترى لفلان وسلم اليه ثم حضر الشفيع فلا خصومة بينه وبين المشتري لانه أقر قبل أن يكون خصما للشفيع فصح اقراره لانعدام التهمة فصار كالوكالة معلومة ولو أقر بذلك بعد ما خصمه الشفيع لم تنسقط الخصومة عنه لانه متمم في هذا الاقرار لصبر ورته خصما للشفيع فلا يقبل في ابطال حقه ولو أقام بينة أنه قال قبل الشراء انما اشترى لفلان لم تقبل بينته لان هذه البينة لو صدقت لم تدفع الخصومة عنه لانه لا يثبت بها الا الشراء لفلان وبهذا لا تدفع عنه الخصومة وروى عن محمد انها لا تقبل لاثبات الملك للغائب وتقبل لدفع الخصومة بينه وبين الشفيع حتى يحضر المقر له

فصل ١١ وأما بيان حكم اختلاف الشفيع والمشتري فاختلفا فهما لا يخلو اما أن يرجع الى الثمن واما أن يرجع الى المبيع واما أن يرجع الى صفة المبيع أما الذي يرجع الى الثمن فلا يخلو اما أن يقع الاختلاف في جنس الثمن واما أن يقع في قدره واما يقع في صفته وان وقع في الجنس بأن قال المشتري اشتريت بمائة دينار وقال الشفيع لا بل

بألف درهم فالقول قول المشتري لأن الشفيع يدعى عليه التملك بهذا الجنس وهو ينكر فكان القول قول المنكر مع
يمينه ولأن المشتري أعرف بجنس الثمن من الشفيع لأن الشراء وجد منه لا من الشفيع فكان أعرف به من الشفيع
فيرجع في معرفة الجنس إليه وأن وقع الاختلاف في قدر الثمن بأن قال المشتري اشتريت بألفين وقال الشفيع بألف
فالقول قول المشتري مع يمينه وعلى الشفيع البيينة أنه اشتراه بألف لأن الشفيع يدعى التملك على المشتري بهذا
القدر من الثمن والمشتري ينكر فكان القول قول المنكر ولو صدق البائع الشفيع بأن قال بت بألف ينظر في ذلك
أن كان البائع ما قبض الثمن فالقول قول البائع والشفيع يأخذ بالألف سواء كان المبيع في يد البائع أو في يد المشتري
إذا لم يكن قد قبض الثمن لأن البائع إذا لم يكن قبض الثمن فالتملك يقع عليه بتمليك فيرجع في مقدار ماله إلى قوله
ولأن الشراء لو وقع بألف كما قاله البائع أخذ الشفيع به وأن وقع بألفين كما قاله المشتري كان قول الباء بت بألف
حط بعض الثمن عن المشتري وحط بعض الثمن يصح ويظهر في حق الشفيع على ما مروا أن كان البائع قبض
الثمن لا يلتفت إلى تصديقه والقول قول المشتري لأنه إذا قبض الثمن لم يبق له حق في المبيع أصلاً وصار أجنيا
فالتحق تصديقه بالعدم وقيل أنه يراعى التقديم والتأخير في تصديق البائع فإن بدأ بالأقرار بالبيع بأن قال بت الدار
بألف وقبضت الثمن فالشفيع يأخذها بألف وإن بدأ بالأقرار بقبض الثمن بأن قال قبضت الثمن وهو الألف
لا يلتفت إلى قوله لأنه لما بدأ بالأقرار بالبيع فقال بت بألف فقد تعلق به حق الشفعة فهو بقوله قبضت الثمن يريد
اسقاط حق متعلق بقوله فلا يصدق وإذا بدأ بالأقرار بقبض الثمن فقد صار أجنياً فلا يقبل قوله في مقدار الثمن وروى
الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنهما أن المبيع إذا كان في يد البائع فأقر بقبض الثمن وزعم أنه ألف فالقول قوله لأن
المبيع إذا كان في يد البائع فالتملك يقع عليه فكان القول قوله في مقدار الثمن ولو اختلف البائع مع المشتري والشفيع
والدار في يد البائع أو المشتري لكنه لم ينقد الثمن فالقول في ذلك قول البائع والبائع مع المشتري يتحالفان ويتزادان
والشفيع يأخذ الدار بما قال البائع إن شاء أما التحالف والترادف بين البائع والمشتري فلقوله عليه الصلاة والسلام
إذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا وأما أخذ الشفيع بقول البائع إن شاء فلا أنه إذا قبض الثمن فالتملك يقع عليه فكان
القول في مقدار الثمن في حق الشفيع قوله وإن كان البائع قد قبض الثمن فلا يلتفت إلى قوله لأنه صار أجنياً على ما بينا
هذا إذا لم يكن لأحد منهما بيينة للشفيع ولا للمشتري فإن قامت لأحد منهما بيينة قبلت بينته وإن أقام جميعاً البيينة فامينة
بينة الشفيع عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف البيينة بينة المشتري (وجه) قوله أن بينة المشتري تظهر زيادة فكانت
أولى بالقبول كما إذا اختلف البائع والمشتري في مقدار الثمن فقال البائع بت بألفين وقال المشتري بألف وأقام جميعاً
البيينة فالبيينة بينة البائع لما قلنا والجامع بينهما من وجهين أحدهما أن الزيادة التي تظهرها إحدى البينتين لا معارض لها
فتقبل في قدر الزيادة غلوها عن المعارض ولا يمكن إلا بالقبول في الكل فتقبل في الكل ضرورة والثاني أن البيينة
المظهرة للزيادة مثبتة والأخرى نافية والمثبت يترجح على النافي ولا يبي حنيفة رضي الله عنه طريقان أحدهما ذكرها
أبو يوسف لأبي حنيفة ولم يأخذ بها والثانية ذكرها محمد وأخذ بها أما الأولى فهي أن البيينة جعلت حجة للمدعى قال
النبي عليه الصلاة والسلام البيينة على المدعى والمدعى ههنا هو الشفيع لأنه غير مجبور على الخصومة في الشفعة بل إذا تركها
ترك والمشتري مجبور على التملك عليه بحيث لو ترك الخصومة لا يترك فكان المدعى منهما هو الشفيع فكانت البيينة حجة
وأما الثانية فهي أن البيينة حجة من حجج الشرع فيجب العمل بها ما أمكن وههنا يمكن العمل بالبينتين في حق الشفيع
بأن يجعل كأنه وجد عقدان أحدهما بألف والآخر بألفين لأن البيع الثاني لا يوجب انقاسخ البيع الأول في حق
الشفيع وإن كان يجب ذلك في حق العاقلين ألا ترى أنه لو باع بألف ثم باع بألفين ثم حضر الشفيع كان له أن يأخذ
الدار بألف دل أن البيمين قائمان في حق الشفيع وإن انقسخ الأول في حقهما فأمكن تقدير عقدين بخلاف ما إذا
اختلف البائع والمشتري في مقدار الثمن وأما البيينة أن البيينة بينة البائع أم على الطريق الأولى فلأن البائع هناك هو

المدعى فكانت البينة حجة ألا ترى أنه لا يجبر على الخصومة والمشتري مجبور عليها وهما بخلافه على ما بينا وأما على الطريق الثانية فلأن تعد برعدين هنا متعذر لأن البيع الثاني يوجب انقاسخ الأول في حق العاقدين فكان العقد واحد أو الترجيح بجانب البائع لا فساد بينته باظهار فضل فكانت أولى بالقبول والله سبحانه وتعالى أعلم ولو اشترى داراً عرض ولم يتقاضها حتى هلك العرض وانتقض البيع فيما بين البائع والمشتري أو كان المشتري قبض الدار ولم يسلم العرض حتى هلك وانتقض البيع فيما بينهما وبقي للشفيع حق الشفعة بقيمة العرض على ما بينا فيما تقدم ثم اختلف الشفيع والبائع في قيمة العرض فالقول قول البائع مع يمينه لأن الشفيع يدعى عليه التملك بهذا القدر من الثمن وهو ينكر فإن أقام أحدهما بينة قبلت بينته وإن أقام جميعا البينة فالقول قول البائع عند أبي يوسف ومحمد وهو قول أبي حنيفة على قياس العلة التي ذكرها محمد لأبي حنيفة رحمه الله في تلك المسئلة أما عند أبي حنيفة فظاهر لأن بينة البائع اهدرت باثبات زيادة وكذلك عند محمد على قياس ما ذكره لأبي حنيفة في تلك المسئلة وأخذ به لأن تعد برعدين ههنا غير ممكن لأن العقد وقع على عرض بينه وانما اختلفا في قيمة ما وقع عليه العقد فكان العقد واحد فلا يمكن العمل باليثنين فيعمل بالراجح منهما وهو بينة البائع لا فساد بها باظهار الفضل وكذلك عند أبي حنيفة على قياس ما على له محمد وأما على قياس ما على له أبو يوسف فينبى أن تكون البينة بينة الشفيع لأنه هو المدعى وهكذا ذكر الطحاوى رحمه الله والله سبحانه وتعالى أعلم ولو هدم المشتري بناء الدار حتى سقط عن الشفيع قدر قيمته من الثمن ثم اختلفا في قيمة البناء فهذا لا يخلو (أما) ان اختلفا في قيمة البناء واتفقا على قيمة الساحة وأما ان اختلفا في قيمة البناء والساحة جميعا فإن اختلفا في قيمة البناء لا غير فالقول قول المشتري مع يمينه لأن الشفيع يدعى على المشتري زيادة في السقوط وهو ينكر وان اختلفا في قيمة البناء والساحة جميعا فإن الساحة تقوم الساعة والقول في قيمة البناء قول المشتري (أما) تقوم الساحة الساعة فلا يمكن معرفة قيمتها للحال فيستدل بالحال على الماضي ولا يمكن تحكيم الحال في البناء لأنه تغير عن حاله والقول قول المشتري لما قلنا فإن قامت لاحدهما بينة قبلت بينته وإن أقام جميعا البينة قال أبو يوسف البينة بينة الشفيع على قياس قول أبي حنيفة رحمه الله وقال محمد البينة بينة المشتري على قياس قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف من تلقاء نفسه البينة بينة المشتري لأنها تظهر زيادة وانما اختلفا في القياس على قول أبي حنيفة لا خلافا للطريقين الذين ذكرناهما له في تلك المسئلة فطريق أبي يوسف ان الشفيع هو المدعى والبينة حجة المدعى وهذا موجود ههنا وطريق محمد رحمه الله العمل باليثنين بتقدير عقدين وهذا التقدير منعدم هنا فيعمل بأحدى البينتين وهي بينة المشتري لا فساد بها باظهار زيادة والله سبحانه وتعالى أعلم وان اختلفا في صفة الثمن بأن قال المشتري اشتريت ثمن معجل وقال الشفيع لا بل اشتريته ثمن مؤجل فالقول قول المشتري لأن الحلول في الثمن أصل والاجل عارض فالمشتري يتمسك بالأصل فيكون القول قوله ولأن العاقد أعرف بصفة الثمن من غيره ولأن الاجل ثبت بالشرط فالشفيع يدعى عليه شرط التأجيل وهو ينكر فكان القول قوله (وأما) الذي يرجع الى المبيع فهو ان يختلفا فيما وقع عليه البيع انه وقع عليه بصفة واحدة أم بصفقتين نحو ما إذا اشترى داراً فقال المشتري اشتريت الرصة على حدة بألف والبناء بألف وقال الشفيع لا بل اشتريتها جميعاً بألفين والدار لي ببنائها فالقول قول الشفيع لأن افراد كل واحد منهما بالصفة حالة الاتصال ليس بمعتاد بل العادة يعمها بصفة واحدة فكان الظاهر شاهداً للشفيع فكان القول قوله ولأن سبب وجوب الشفعة في الرصة يقتضى الوجوب في البناء تبعاً له حالة الاتصال وشرط الوجوب هو الشراء وقد أقر المشتري بالشراء الا أنه يدعى زيادة أمر وهو طريق الصفة فلا يصدق الا بتصديق الشفيع أو بيئته ولم توجد وأيهما أقام البينة قبلت بينته وإن أقام جميعا البينة ولم يوثقا فالبينة بينة المشتري عند أبي يوسف وعند محمد البينة بينة الشفيع (وجه) قول محمد ان بيئته الشفيع أكثر اثباتاً لأنها تثبت زيادة استحقاق وهو استحقاق البناء فكانت أولى بالقبول ولأن العمل باليثنين ههنا ممكن بأن يجعل كأنه باعها بصفقتين ثم باعها

بصفقة واحدة فكان للشفيع أن يأخذها بأيهما شاء (وجه) قول أبي يوسف أن بينة المشتري أكثر إثباتاً لآلتها
تثبت زيادة صفقة فكانت أولى بالقبول فأبو يوسف نظر إلى زيادة الصفقة ومحمد نظر إلى زيادة الاستحقاق وقال أبو
يوسف إذا ادعى المشتري أنه أحدث البناء في الدار وقال الشفيع لا بل اشتريتها والبناء فيها أن القول قول المشتري
لأنه لم يوجد من المشتري الاقرار بشراء البناء والشفيع يدعي عليه استحقاق البناء وهو ينكر ولو اشترى دارين
ولهما شفيع ملاصق فقال المشتري اشتريت واحدة بعد واحدة وأنا شريك في الثانية وقال الشفيع لا بل
اشترى بينهما صفقة واحدة ولي الشفعة فيهما جميعاً فالقول قول الشفيع لأن سبب الاستحقاق ثابت فيهما جميعاً وهو
الجوار على سبيل الملاصقة وقد أقر المشتري بشرط الاستحقاق وهو شراءهما إلا أنه بدعى طريق الصفقة يدعي
البطلان بعد وجود السبب وشرطه من حيث الظاهر فلا يصدق إلا بينة وأيهما أقام بينة قبلت بينته وإن أقام جميعاً
البينة فهو على الاختلاف الذي ذكرنا بين أبي يوسف ومحمد رحمهما الله ولو قال المشتري وهب لي هذا البيت
مع طريقه من هذه الدار ثم اشتريت بقيتها وقال الشفيع لا بل اشتريت الكل فالشفيع الشفعة فيما أقر أنه اشترى ولا
شفعة له فيما ادعى من الهبة لأنه وجد سبب الاستحقاق وهو الجوار ووجد شرطه وهو الشراء باقراره فهو بدعى
الهبة يريد بطلان حق الشفيع فلا يصدق وللشفيع الشفعة فيما أقر بشرائه ولا شفعة له في الموهوب لأنه لم يوجد من
المشتري الاقرار بشرط الاستحقاق على الموهوب وأيهما أقام البينة قبلت بينته وإن أقام جميعاً البينة فالبينة بينة
المشتري عند أبي يوسف رحمه الله لأنها تثبت زيادة الهبة وينبغي أن تكون البينة بينة الشفيع عند محمد رحمه الله لأنها
تثبت زيادة الاستحقاق وروى عن محمد فيمن اشترى داراً أو طلب الشفيع الشفعة فقال المشتري اشتريت
نصفاً ثم نصفاً فالك النصف الأول وقال الشفيع لا بل اشتريت الكل صفقة واحدة ولي الكل فالقول قول الشفيع
لأن سبب ثبوت الحق في الكل كان موجوداً وقد أقر بشرط الثبوت وهو الشراء ولكنه يدعي أمرأاً زائداً وهو
تفرق الصفقة فلا يقبل ذلك منه إلا بينة فإن قال المشتري اشتريت رباً ثم ثلاثة أرباع فلك الربع فقال الشفيع
لا بل اشتريت ثلاثة أرباع ثم ربعاً فالقول قول الشفيع لأن السبب كان موجوداً وقد أقر المشتري بشراء ثلاثة
أرباع إلا أنه يدعي أمرأاً زائداً وهو سبق الشراء في الربع فلا يثبت إلا بينة فإن قال المشتري اشتريت صفقة
واحدة وقال الشفيع اشتريت نصفاً ثم نصفاً فأنا أخذ النصف فالقول قول المشتري يأخذ الشفيع الكل أو يدع لأن
الشفيع يريد تفرق الصفقة وفيه ضرر الشريك فلا يقبل قوله إلا بينة والله سبحانه وتعالى أعلم وأما الذي يرجع إلى صفة
البيع فهو أن يختلف في البتات والخيار أو في الصحة والفساد بأن اشترى داراً بألف درهم وتقا بضاً فأراد الشفيع أخذها
بالشفعة فقال البائع والمشتري البيع كان بخيار البائع ولم يحض فلا شفعة لك وانكر الشفيع الخيار فالقول قول البائع
والمشتري وعلى الشفيع البينة أن البيع كان باتاً عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وهو إحدى الروايتين عن أبي يوسف
رحمه الله وروى عن أبي يوسف رواية أخرى أن القول قول الشفيع (وجه) هذه الرواية أن الظاهر شاهد للشفيع
لأن البتات أصل في البيع والخيار فيه عارض فكان القول قول من يتمسك بالأصل (وجه) ظاهر الرواية أن الشفيع
يدعي ثبوت حق الشفعة وهما ينكران ذلك بقولهما كان فيه خيار لأن حق الشفعة لا يجب في بيع فيه خيار فكان
القول قول المنكر ولأن البيع يقوم بالعاقدين فكانا أعرف بصفقته من الشفيع والرجوع في كل باب إلى من هو أعرف
به ولهذا التصديق على أن الثمن كان دنانير والشفيع يدعي أنه كان دراهم كان القول قولهما كذا هذا ولو كان البائع غائباً
والدار في يد المشتري فأراد الشفيع أن يأخذ منه فقال المشتري كان للبائع فيه خيار وكذب الشفيع فالقول قول المشتري
أيضاً لما ذكرنا من المعنيين وأن اختلف العاقدان فيما بينهما فادعى البائع الخيار وقال المشتري لم يكن فيه خيار كان القول
قول المشتري ويأخذ الشفيع الدار في الرواية المشهورة وروى عن أبي يوسف أن القول قول البائع (وجه) هذه الرواية
أن البائع بدعى الخيار منكر للبيع حقيقة لأن البيع بشرط الخيار غير منعقد في حق الحكم وخيار البائع منعز والبيع

عن ملكه والمشتري والشفيع يدعيان الزوال عن ملكه فكان القول قول البائع كما لو وقع الاختلاف بينهم في أصل العقد (وجه) ظاهر الرواية ان الخيار لا يثبت الا باشتراطهما فالبايع بدعوى الخيار يدعى الاشتراط على المشتري وهو ينكر فكان القول قوله كما لو ادعى المشتري الشراء بضمن مؤجل وادعى البائع التعجيل فالقول قول البائع لما ان التأجيل لا يثبت الا بشرط يوجد من البائع وهو منكر للشرط فكان القول قوله كذا هذا بخلاف ما لو أنكر البائع البيع والمشتري يدعيه ان القول قول البائع لانه أنكر زوال ملكه ولم يدع على المشتري فعلا فكان القول قوله ولو أراد الشفيع ان يأخذ الدار المشتراة بالشفعة فقال البائع والمشتري كان البيع فاسدا فلا شفعة لك وقال الشفيع كان جائزا ولي الشفعة فهو على اختلاف فهم في شرط الخيار للبائع في قول أبي حنيفة ومحمد وأحمدى الروايتين عن أبي يوسف القول قول العاقدين ولا شفعة للشفيع وفي رواية عن أبي يوسف القول قول الشفيع وله الشفعة فأبو يوسف يعتبر الاختلاف بينهما في الصحة والفساد باختلاف المتعاقدين فيما بينهما ولو اختلفا فيما بينهما في الصحة والفساد كان القول قول من يدعى الصحة كذا هذا والجامع ان الصحة أصل في العقد والفساد عارض وهما يعتبران اختلافا فهم في هذا باختلاف فهم في البتات والخيار للبائع والجامع ان الشفيع بدعوى البتات والصحة يدعى عليهما حق التملك وهما بدعوى الخيار والفساد ينكران ذلك فكان القول قولهما وكذا هما أعرف بصفة العقد الواقع منهما لقيامه بهما فكان القول في ذلك قولهما والله سبحانه وتعالى أعلم

فصل وأما بيان الحيلة في اسقاط الشفعة فقد ذكر والاسقاط الشفعة حيلة بعضها يعم الشفعاء كلها وبعضها يخص البعض دون البعض أما الذي يعم كل الشفعاء فتحوان يشتري الدار بأكثر من قيمتها بأن كانت قيمتها ألفا فيشتريها بألفين ويتقدم الثمن ألفا إلا عشرة ثم يبيع المشتري من البائع عرضاً قيمته عشرة بألف درهم وعشرة فتحصل الدار للمشتري بألف لا يأخذها الشفيع الا بالثمن وهذه الحيلة ليست بمسقط للشفعة شرعا لكنها مانعة من الاخذ بالشفعة عادة ألا ترى أن للشفيع أن يأخذها بالثمن ويلتزم الضرر (وأما) الذي يخص بعض الشفعاء دون بعض فأشأن منها أن يبيع دار الأذراع منها في طول الحد الذي يلي دار الشفيع فالشفيع لا يستحق الشفعة أما في قدر الذراع فلا نعدام الشرط وهو البيع وأما فيما وراء ذلك فلا نعدام السبب وهو الجوار ومنها ان يهب البائع الحائط الذي بينه وبين الجار مع أصله للمشتري مقسوماً ويسلمه اليه أو يهب له من الارض قدر ذراع من الجانب الذي يلي دار الشفيع ويسلمه اليه ثم يبيع منه البقية بالثمن فلا شفعة للجار لا في الموهوب ولا في المبيع (أما) في الموهوب فلا نعدام شرط وجوب الشفعة وهو البيع وأما في المبيع فلا نعدام سبب الوجوب وهو الجوار ومنها ان يبيع الدار نصفين فيبيع الحائط باصله أولاً بضمن كثير ثم يبيع بقية الدار بضمن قليل فلا شفعة للشفيع شرعاً فيما وراء الحائط لا نعدام السبب وهو الجوار ولا يأخذ الحائط عادة لكثرة الثمن ومنها ان يبيع الدار والارض في صفقتين فيبيع من الدار بناها ومن الارض أشجارها أولاً بضمن قليل ثم يبيع الارض بضمن كثير فلا شفعة للشفيع في البناء والشجر شرعاً لا نعدامهما بالصفقة ولا يأخذ الارض بذلك الثمن عادة ليضمن تكثير الثمن ومنها ان يبيع الدار نصفين فيبيع عشر أمثها بضمن كثير ثم يبيع البقية بضمن قليل فلا يأخذ الشفيع العشر شمنه عادة لما فيه من الضرر ولا شفعة له في تسعة أعشارها شرعاً لانه حين اشترى البقية كان شريك البائع بالشراء والشريك في البقعة مقدم على الجار والحائط وهذا النوع من الحيلة لا يصلح للشريك لان الشفيع اذا كان شريكاً له أن يأخذ نصف البقعة بقليل الثمن أيضاً ولو كانت الدار لصغير فلا تباع بقية الدار بقليل الثمن لانه لا يجوز اذ هو يبيع مال الصغير بأقل من قيمته مقدار ما يتقارب الناس في مثله عادة والولي لا يملك ذلك فالسبيل فيه أن تباع بقية الدار بضمن مثله (ومنها) ما ذكره الخصاص رحمة الله أن يقر البائع بسهم من الدار للمشتري ثم يبيع بقية الدار منه فلا يستحق الشفيع الشفعة أما في القدر المقرر به فلا نعدام شرط الاستحقاق وهو البيع وأما فيما وراء ذلك فلان المشتري صار شريك البائع في ذلك السهم والشريك في البقعة مقدم على الجار والحائط ومن

مشايخنا من كان يفتي بوجوب الشفعة في هذه الصورة ويحطى الخصاص لان الشركة في السهم المقر به لم تثبت الا باقراره فلا يظهر في حق الشفيع على ما بينا فيما تقدم والله عز وجل أعلم

﴿فصل﴾ وأما الكلام في كراهة الحيلة للاسقاط وعدمها فالحيلة اما ان كانت بعد وجوب الشفعة واما ان كانت قبل الوجوب فان كانت بعد الوجوب قيل انها مكروهة بلا خلاف وذلك بأن يقول المشتري للشفيع صا الحتك على كذا كذا درهماً على أن تسلم لي شفعتك فيقبل فتبطل شفعتك ولا يستحق بدل الصلح أو يقول له اشتر الدار مني بكذا فيقول اشتريت فتبطل شفعتك ونحو ذلك وان كانت قبل الوجوب فقد اختلف فيه قال أبو يوسف رحمه الله لا تكره وقال محمد رحمه الله تكره (وجه) قول محمد ان شرع الحيلة يؤدي الى سد باب الشفعة وفيه ابطال هذا الحق أصلاً ورأساً (وجه) قول أبي يوسف ان الحيلة قبل الوجوب منع من الوجوب بمباشرة سبب الامتناع شرعاً وهذا جائز كالشراء والهبة وسائر التمليكات فان المشتري يمنع حدوث الملك للبائع في المبيع بمباشرة سبب الامتناع شرعاً وهو الشراء وكذا الهبة والصدقة وسائر التمليكات وقد خرج الجواب عن قول محمد رحمه الله ان هذا ابطال لحق الشفعة لان ابطال الشيء بعد ثبوته ضرر والحق ههنا لم يثبت بعد ذلك فلا تكون الحيلة ابطالاً له بل هو منع من الثبوت بمباشرة سبب الامتناع شرعاً وانه جائز فساد كره أبو يوسف رحمه الله هو الحكم المر وما ذكره محمد رحمه الله احتياطاً والاصل في شرع الحيلة قوله سبحانه وتعالى في قصة سيدنا أيوب عليه الصلاة والسلام وخذي يدك ضغثاً فأضرب به ولا تحنث والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿كتاب الذبائح والصيد﴾

يحتاج في هذا الكتاب الى بيان المأكول وغير المأكول من الحيوانات والى بيان المكروه ومنها والى بيان شرائط حل الاكل في المأكول والى بيان ما يحرم أكله من أجزاء الحيوان المأكول أما الاول فالحيوان في الاصل نوعان نوع يعيش في البحر ونوع يعيش في البر أما الذي يعيش في البحر فجميع ما في البحر من الحيوان محرم الا كل السمك خاصة فانه يحل أكله الا ما طفا منه وهذا قول أصحابنا رضي الله تعالى عنهم وقال بعض الفقهاء وابن أبي ليلى رحمهم الله انه يحل أكل ما سوى السمك من الضفدع والسرطان وحية المساء وكلبه وخزيره ونحو ذلك لكن بالكافة وهو قول الليث بن سعد رحمه الله الا في انسان الماء وخزيره انه لا يحل وقال الشافعي رحمه الله يحل جميع ذلك من غير كاة وأخذه ذكاته ويحل أكل السمك الطافي أما الكلام في المسئلة الاولى فهم احتجوا بظاهر قوله تبارك وتعالى أحل لكم صيد البحر واسم الصيد يقع على ما سوى السمك من حيوان البحر فيقتضي ان يكون الكل حلالاً وبقول النبي عليه الصلاة والسلام حين سئل عن البحر فقال هو الطهور وماؤه والحل ميتته وصف ميتة البحر بالحل من غير فصل بين السمك وغيره ولنا قوله تبارك وتعالى حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير من غير فصل بين البري والبحري وقوله عز شأنه ويحرم عليهم الخبائث والضفدع والسرطان والحية ونحوها من الخبائث وروى عن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم سئل عن ضفدع يحمل شحمه في الدواء فنهى عليه الصلاة والسلام عن قتل الضفادع وذلك نهى عن أكله وروى انه لما سئل عنه فقال عليه الصلاة والسلام خبيثة من الخبائث ولا حجة لهم في الآية لان المراد من الصيد المذكور هو فعل الصيد وهو الاضطهاد لانه هو الصيد حقيقة لا المصيد لانه مفعول فعل الصيد واطلاق اسم الفعل يكون مجازاً ولا يجوز العدول عن حقيقة اللفظ من غير دليل ولان الصيد اسم لما يتوحش ويتنوع ولا يمكن أخذه الا بحيلة اما لطيرانه أو لعدوه وهذا انما يكون حالة الاضطهاد لا بعد الاخذ لانه صار لما بعده ولم يبق صيداً حقيقة لانعدام معنى الصيد وهو التوحش والامتناع والدليل عليه انه عطف عليه قوله عز شأنه وحرّم عليكم صيد البر ما دمتم حرماً والمراد منه الاضطهاد من المحرم لأكل الصيد لان ذلك مباح للمحرم اذا لم يصطده بنفسه ولا غيره بامره فثبت انه لا دليل في الآية

على اباحة الاكل بل خرجت للفصل بين الاصطيد في البحر وبين الاصطيد في البر للمحرم والمراد من قول النبي عليه الصلاة والسلام والحل ميتته السمك خاصة بدليل قوله صلى الله عليه وسلم أحلت لنا ميتتان ودمان الميتتان السمك والجراد والدمان الكبد والطحال فسر عليه الصلاة والسلام بالسمك والجراد فدل أن المراد منها السمك ويحمل الحديث على السمك وتخصيصه بما تلونا من الآية ورؤينا من الخبر (وأما) المسئلة الثانية وهي مسئلة الطافي فالشافعي رحمه الله احتج بقوله تعالى وطعامه مما لكم معطوفاً على قوله أحل لكم صيد البحر أى أحل لكم طعامه وهذا يتناول ما صيد منه وما لم يصد والطافي لم يصد فيتناوله بقوله عليه الصلاة والسلام في صفة البحر هو الطهور ماؤه والحل ميتته وأحق ما يتناوله اسم الميتة الطافي لانه الميت حقيقة وبقوله عليه الصلاة والسلام أحلت لنا ميتتان ودمان الميتتان السمك والجراد فسر النبي عليه الصلاة والسلام الميتة بالسمك من غير فصل بين الطافي وغيره ولنا ما روى عن جابر ابن عبد الله الانصاري رضى الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه نهى عن أكل الطافي وعن سيدنا علي رضى الله عنه انه قال لا تبيعوا في أسواقنا الطافي وعن ابن عباس رضى الله عنهما أنه قال ما دسر به البحر فكله وما وجدته يطفو على الماء فلا تأكله وأما الآية فلا حجة له فيها لأن المراد من قوله تعالى وطعامه ما قد فقه البحر الى الشطفت كذا قال أهل التأويل وذلك حلال عندنا لانه ليس بطاف إنما الطافي اسم لسامات في الماء من غير آفة وسبب حادث وهذا مات بسبب حادث وهو قد فقه البحر فلا يكون طافياً والمراد من الحديثين غير الطافي لما ذكرنا ثم السمك الطافي الذي لا يحل أكله عندنا هو الذي يموت في الماء حتف ألقه بغير سبب حادث منه سواء علا على وجه الماء أو لم يعمل بعد أن مات في الماء حتف ألقه من غير سبب حادث وقال بعض مشايخنا هو الذي يموت في الماء بسبب حادث ويعل على وجه الماء فان لم يعمل يحل والصحيح هو الأول وتسميته طافياً لعلوه على وجه الماء عادة وروى هشام عن محمد رحمهما الله في السمك اذا كان بعضها في الماء وبعضها على الارض ان كان رأسها على الارض أكلت وان كان رأسها أو أكثره في الماء لم تؤكل لان رأسها موضع نفسها فاذا كان خارجاً من الماء فالظاهر انه مات بسبب حادث واذا كان في الماء أو أكثره فالظاهر انه مات في الماء بغير سبب وقالوا في سمكة ابتلعت سمكة أخرى انها تؤكل لانها ماتت بسبب حادث ولومات من الحر والبرد وكدر الماء فقيدهر وايتان في رواية لا يؤكل لان الحر والبرد وكدر الماء ليس من أسباب الموت ظاهر أفلم يوجد الموت بسبب حادث بوجوب الموت ظاهر أو غالباً فلا يؤكل وفي رواية يؤكل لان هذه أسباب الموت في الجملة فقد وجد الموت بسبب حادث فلم يكن طافياً فيؤكل ويستوى في حل الاكل جميع أنواع السمك من الجريث والمارماهي وغيرهما لان ما ذكرنا من الدلائل في اباحة السمك لا يفصل بين سمك وسمك الا ما خص بدليل وقدر روى عن سيدنا علي وابن عباس رضى الله عنهما اباحة الجريث والسمك الذكرو ولم ينقل عن غيرهما خلاف ذلك فيكون اجماعاً (وأما) الذي يعيش في البر فانواع ثلاثة ما ليس له دم أصلاً وما ليس له دم سائل وما له دم سائل مثل الجراد والزنبور والذباب والعنكبوت والعنابة والخنافس والبغاة والعقرب ونحوها لا يحل أكله الا الجراد خاصة لانها من الخبائث لا تتبعها الطباع السليمة اياها وقد قال الله تبارك وتعالى ويحرم عليهم الخبائث الا أن الجراد خص من هذه الجملة بقوله عليه الصلاة والسلام أحلت لنا ميتتان فبقى على ظاهر العموم وكذلك ما ليس له دم سائل مثل الحية والوزغ وسام أبرص وجميع الحشرات وهوام الارض من القار والقراد والقنفاذ والضب واليربوع وابن عرس ونحوها ولا خلاف في حرمة هذه الاشياء الا في الضب فانه حلال عند الشافعي واحتج بما روى ابن عباس رضى الله عنهما انه قال أكلت على مائدة رسول الله صلى الله عليه وسلم لحم ضب وعن ابن سيدنا عمر رضى الله تعالى عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال انه لم يكن بأرض قومي فأجد نفسي تعافه فلا آكله ولا أحرمه وهذا نص على عدم الحرمة الشرعية وإشارة الى الكراهة الطبيعية (ولنا) قوله تبارك وتعالى ويحرم عليهم الخبائث والضب من الخبائث وروى عن سيدتنا عائشة رضى الله عنها ان النبي صلى الله عليه وسلم

أهدى إليه لحم ضب فامتنع أن يأكله ف جاءت سائلة فأرادت سيدتنا عائشة رضي الله عنها أن تطعمها إياه فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم أنطعمين ما لا تأكلين ولا يحتمل أن يكون امتناعه لأن نفسه الشريفة عافته لانه لو كان كذلك لما منع من التصديق به كشاة الانصار انه لما امتنع من أكلها أمر بالتصدق بها ولان الضب من جملة المسوخ والمسوخ محرمة كالذب والقرد والقيل فيباقل والدليل عليه ما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن الضب فقال عليه الصلاة والسلام ان أمة مسخت في الارض واتى أخاف أن يكون هذا منها وهكذا روى عن بعض أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال كنافي بعض المنافزى فاصا بتناجاة فزلنا في أرض كثيرة الضباب فنصبنا القدور وكانت القدور تفل اذ جاء النبي عليه الصلاة والسلام فقال ما هذا قلنا الضب يا رسول الله فقال عليه الصلاة والسلام ان أمة مسخت فاحاف أن يكون هذا منها فأمر بالقاء القدور وما روى عن ابن عباس رضي الله عنهما وماروينا فو خاطر والعمل بالخاطر أولى وماله دم سائل نوعان مستأنس ومستوحش اما المستأنس من البهائم فنحو الابل والبقر والغنم بالاجماع وبقوله تبارك وتعالى والانعام خلقها لكم فيها دافء ومنافع ومنها تأكلون وقوله سبحانه وتعالى الله الذي جعل لكم الانعام لتركبوها ومنها تأكلون واسم الانعام يقع على هذه الحيوانات بلا خلاف بين أهل اللغة ولا تحل البغال والحمر عند عامة العلماء رحمهم الله تعالى وحكى عن بشر المرسي رحمه الله أنه قال لا بأس بأكل الحمار واحتج بظاهر قوله عز وجل قل لا أجد فيها أوحى الى محرما على طاعم يطعمه الا أن يكون ميتة أو دما مسفوحا أو لحم خنزير ولم يذكر الحمر الا نسية وروى ان رجلا جاء الى النبي عليه الصلاة والسلام وقال انه فنى مالى ولم يبق لي الا الحمر الا هلية فقال عليه الصلاة والسلام كل من سمين مالك فاني انما كنت نهيتكم عن جلال القرية وروى عن جوال القرى بتشديد اللام وروى فاعما فذرت لكم جالة القرية (ولنا) قوله تبارك وتعالى والخليل والبغال والحمر لتركبوها وزينة وسند ذكر وجه الاستدلال بالاية ان شاء الله تعالى وروى أبو حنيفة عن نافع عن ابن سيدنا عمر رضي الله عنهما أنه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم في غزوة خيبر عن لحوم الحمر الا هلية وعن متعة النساء وروى ان سيدنا علياً رضي الله عنه قال لابن عباس رضي الله عنهما وهو فقي الناس في المتعة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن متعة النساء وعن لحوم الحمر الا هلية يوم خيبر فرجع ابن عباس رضي الله عنهما عن ذلك وروى انه قيل للنبي عليه الصلاة والسلام يوم خيبر أكلت الحمر فأمر أبا طاحه رضي الله عنه ينادي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن لحوم الحمر فانها رجز وروى فانها رجز وهذه اخبار مستفيضة عرفها الخاص والعام وقبلوها وعملوا بها وظهر العمل بها وأما الآية فقد اختلفت منها أشياء غير مذكورة فيها فيختص المتنوع فيها بما ذكرنا من الدلائل مع ما انما رويها من الاخبار مشهورة ويجوز نسخ الكتاب بالخبر المشهور وعلى ان في الآية الشريفة أنه لا يحل سوى المذكور فيها وقت نزولها لان الاصل في الفعل هو الحال فيحتمل انه لم يكن وقت نزول الآية تحريم سوى المذكور فيها ثم حرم ما حرم بعد على أنا نقول بموجب الآية لا يحرم سوى المذكور فيها ونحن لانطلق اسم المحرم على لحوم الحمر الا هلية اذ المحرم المطلق ما ثبتت حرمة دليل مقطوع به فأما ما كانت حرمة محل الاجتهاد فلا يسمى محرما على الاطلاق بل نسبيه مكرهاً فنقول بوجوب الامتناع عن أكلها عملاً مع التوقف في اعتقاد الحل والحرمة وأما الحديث فيحتمل أن يكون المراد من قوله عليه الصلاة والسلام كل من سمين مالك أى من أئمتنا كما يقال فلان أكل عقاره أى ثمن عقاره ويحتمل أن يكون ذلك اطلاقاً لا لانتفاع بظهورها بالاكراء كما يحتمل على شئ مما ذكرنا عملاً بالدلائل كلها ويحتمل انه كان قبل التحريم فاقسخ بما ذكرنا وان جعل التاريخ فالعمل بالخاطر أولى احتياطاً فان قيل ما رويتم يحتمل أيضاً أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن أكل الحمر يوم خيبر لانها كانت غنيمة من الخمس أو لقلة الظهور أو لانها كانت جلالة فوق التعارض والجواب ان شيئاً من ذلك لا يصلح محلاً (أما) الاول فلان ما يحتاج اليه الجند لا يخرج منه الخمس كالطعام والعلف (وأما) الثاني فلان المروي ان رسول الله

صلى الله عليه وسلم أمر بكفاء القدور يوم خيبر ومعلوم ان ذلك مما لا ينتفع به في الظهر (وأما) الثالث فلانه عليه الصلاة والسلام خص النهي بالحر الا هلية وهذا المعنى لا يختص بالحر بل يوجد في غيرها (وأما) لحم الخيل فقد قال أبو حنيفة رضي الله عنه يكره وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله لا يكره وبه أخذ الشافعي رحمه الله واحتجاً بما روى عن أنس بن مالك رضي الله عنه أنه قال أكلنا لحم فرس على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وروى عن جابر رضي الله عنه انه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن لحوم الحر الا هلية وأذن في الخيل وروى أنه قال أطلعنا رسول الله صلى الله عليه وسلم لحوم الخيل ونها نأكل لحوم الحر وروى عنه انه قال كنا قد جعلنا في قدورنا لحم الخيل ولحم الحمار فنها النبي عليه الصلاة والسلام أن نأكل لحم الحمار وأمرنا أن نأكل لحم الخيل وعن سيدتنا أسماء بنت سعيد نأبى بكر الصديق رضي الله عنهما أنها قالت نحرنا فرساً على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فأكلناه ولا بى حنيفة رضي الله عنه الكتاب والسنة ودلالة الاجماع (أما) الكتاب العزيز فقولته جل شأنه والخيل والبغال والحمير لتركبوها وزينة (ووجه) الاستدلال به ما حكى عن ابن عباس رضي الله عنهما فانه روى أنه سئل عن لحم الخيل فقرأ هذه الآية الشريفة وقال ولم يقل تبارك وتعالى لنا نأكلوها فيكره أكلها وتام هذا الاستدلال ان الله تبارك وتعالى ذكر الانعام فيما تقدم ومنافعها وبالغ في ذلك بقوله تعالى والانعام خلقها لكم فيها ذكوة ومنافع ومنها تأكلون ولكم فيها جمال حين تريحون وحين تسرحون وتحمل أثقالكم الى بلدكم تكونوا بالغيه الا بشق الانفس ان ربكم لرؤف رحيم وكذا ذكر فيها بعد هذه الآية الشريفة متصلاً بها منافع الماء المنزل من السماء والمنافع المتعلقة بالليل والنهار والشمس والقمر والنجوم والمنافع المتعلقة بالبحر على سبيل المبالغة بيان شفاء لا بيان كفاية وذكر في هذه الآية انه سبحانه وتعالى خلق الخيل والبغال والحمير للركوب والزينة وذكر في هذه الآية انه سبحانه وتعالى منفعه الاكل فدل انه ليس فيها منفعة أخرى سوى ما ذكرناه ولو كان هناك منفعة أخرى سوى ما ذكرناه لم يحتمل ان لا نذكرها عند ذكر المنافع المتعلقة بها على سبيل المبالغة والاستقصاء وقوله عز وجل يحل لهم الطيبات ويحرم عليهم الخبائث ولحم الخيل ليس بطيب بل هو خبيث لأن الطباع السليمة لا تستطيه بل تستخبثه حتى لا يتجداً أحد اترك بطبعه الا ويستخبثه وينقي طبعه عن أكله وانما يرغبون في ركوبه الا يرغب طبعه فيما كان مجهولاً عليه وبه تبين ان الشرع انما جاء بحلال ما هو مستطاب في الطبع لا بما هو مستخبث ولهذا لم يجعل المستخبث في الطبع غذاء ليسر وانما جعل ما هو مستطاب يلبغ في الطيب غايته (وأما) السنة فمارى عن جابر رضي الله عنه أنه قال لما كان يوم خيبر أصاب الناس مجاعة فأخذوا الحر الا هلية فذبحوها فحرم رسول الله صلى الله عليه وسلم لحوم الحر الا نسية ولحوم الخيل والبغال وكل ذى ناب من السباع وكل ذى مخلب من الطير وحرم الخلسة والنهبة وعن خالد بن الوليد رضي الله عنه أنه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أكل لحوم الخيل والبغال والحمير وعن المقدام بن معدى كرب أن النبي عليه الصلاة والسلام قال حرم عليكم الحمار الا هلى وخيلها وهذا نص على التحريم وعن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال الخيل لثلاثة قهى لرجل ستر ولرجل أجر ولرجل وزر ولو صبحت للاثلاث لقال عليه الصلاة والسلام الخيل لا رمة لرجل ستر ولرجل أجر ولرجل وزر ولرجل طعام (وأما) دلالة الاجماع فهى أن البغل حرام بالاجماع وهو ولد الفرس ولو كانت أمه حلالاً لكان هو حلالاً أيضاً لان حكم الولد حكم أمه لانه منها وهو كبعضها ألا ترى ان حمار وحش لو نزى على حمارة أهلية فولدت لم يؤكل ولدها ولو نزا حماراً أهلى على حمارة وحشية فولدت يؤكل ولدها ليعلم ان حكم الولد حكم أمه في الحل والحرم دون الفحل فلما كان لحم الفرس حراماً كان لحم البغل كذلك وماروى في بعض الروايات عن جابر ومافى رواية سيدتنا أسماء رضي الله عنهما يحتمل أنه كان ذلك في الحال التي كان يؤكل فيها الحمار لان النبي عليه الصلاة والسلام انما نهى عن أكل لحوم الحر يوم خيبر وكانت الخيل تؤكل في ذلك الوقت ثم حرمت يدل عليه ما روى عن الزهرى أنه قال ما علمنا الخيل أكلت الا في حصار وعن الحسن رضي الله عنه أنه قال

كان أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم يأكلون لحوم الخيل في مغازيهم فهذا يدل على أنهم كانوا يأكلونها في حال الضرورة كما قال الزهر رحمه الله أو يحمل على هذا عملاً بالدليل صيانة لها عن التناقض أو يترجح الحاضر على المبيح احتياطاً وهذا الذي ذكرنا صحيح أبي حنيفة رضي الله عنه على رواية الحسن أنه يحرم أكل لحم الخيل (وأما) على ظاهر الرواية عن أبي حنيفة رضي الله عنه أنه يكره أكله ولم يطلق التحريم لاختلاف الأحاديث المروية في الباب واختلاف السلف فكره أكل لحم احتياطاً لباب الحرمة وأما المتوحش منها نحو الظباء وبقر الوحش وحمير الوحش وأبل الوحش فحلال باجماع المسلمين لقوله تبارك وتعالى يستلونك ماذا أحل لهم قل أحل لكم الطيبات وقوله عز شأنه ويحل لهم الطيبات ويحرم عليهم الخبائث وقوله سبحانه وتعالى كلوا من طيبات ما رزقناكم ولحوم هذه الأشياء من الطيبات فكان حلالاً وروى أنه لما سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم خيبر عن لحوم الحمر فقال الأهلوية قليل نعم فدل قول رسول الله صلى الله عليه وسلم على اختلاف حكم الأهلوية والوحشية وقد ثبت أن الحكم في الأهلوية الحرمة لما ذكرنا من الدلائل فكان حكم الوحشية الحل ضرورة وروى أن رجلاً من فهر جاء إلى النبي عليه الصلاة والسلام وهو بالروحاء ومع الرجل حمار وحشي عقره فقال هذه رميتي يا رسول الله وهي لك فقبله النبي عليه الصلاة والسلام وأمر سيدنا بأكبر رضي الله عنه ففسمه بين الرفاق والحديث وإن ورد في حمار الوحش لكن إحلال الحمار الوحشي إحلال للطبي والبقر الوحشي والأبل الوحشي من طريق الأولى لأن الحمار الوحشي ليس من جنسه من الأهل ما هو حلال بل هو حرام وهذه الأشياء من جنسها من الأهل ما هو حلال فكانت أولى بالحل وأما المستأنس من السباع وهو الكلب والسنور الأهل فلا يحل وكذلك المتوحش منها المسمى بسباع الوحش والطيور وهو كل ذي ناب من السباع وكل ذي مخلب من الطير لما روى في الخبر المشهور عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن أكل كل ذي ناب من السباع وكل ذي مخلب من الطير وعن الزهري رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم كل ذي ناب من السباع حرام فذو الناب من سباع الوحش مثل الأسد والذئب والضبع والثعلب والقرد والفهد والثعلب والسنور البري والسنجاب والفنك والسمور والدلق والدب والقرد والقيط ونحوها فلا خلاف في هذه الجملة أنها محرمة إلا الضبع فإنه حلال عند الإمام الشافعي رحمه الله واحتج بما روى عن عطاء عن جابر رضي عنهما أنه قال في الضبع كبش قلت له أهو صيد فقال نعم قلت يؤكل فقال نعم قلت أسمعته من رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال نعم (ولنا) أن الضبع سبع ذو ناب فيدخل تحت الحديث المشهور وما روى ليس بمشهور فاعمل بالمشهور أولى على أن ما روى يناهز ما رواه محلل والمحرّم بقضي على المبيح احتياطاً ولا بأس بأكل الأرنب لما روى عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال كنا عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فأهدي له أعرابي أرنبه مشوية فقال لأصحابه كلوا وعن محمد بن صفوان أو صفوان بن محمد أنه قال أصبت أرنبتين فذبحتهما بركة وسألت عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فأمرني بأكلهما واذنوا المخلب من الطير كالبازي والباشق والصقر والشاهين والحدأة والنعاب والنسر والعقاب وما أشبه ذلك فيدخل تحت نهى النبي عليه الصلاة والسلام عن كل ذي مخلب من الطير وروى أنه نهى عن كل ذي خنقة ونهية ومجثمة وعن كل ذي ناب من الطير والمجثمة روى بكسر التاء وفتحها من الجنوم وهو تلبد الطائر الذي من عادته الجنوم على غيره ليقتله وهو السباع من الطير فيكون نهياً على أكل كل طير هذا عاداته وبالفتح هو الصيد الذي يجثم عليه طائر فيقتله فيكون نهياً عن أكل كل طير قتله طيراً آخر مجثومة عليه وقيل بالفتح هو الذي يرمى حتى يجثم فيموت وما لا مخلب له من الطير فالمستأنس منه كالذئب والبط والمتوحش كالحمام والفاخنة والعصافير والقبيج والكركي والغراب الذي يأكل الحب والزرع والعقرب ونحوها حلال بالاجماع

فصل وأما بيان ما يكره من الحيوانات فيكره أكل لحوم الأبل الجلالة وهي التي الأغلب من أكلها النجاسة لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن أكل لحوم الأبل الجلالة ولأنه إذا كان الغالب من أكلها النجاسات

يتغير لحمها وينتق فيكره أكله كالطعام المنتق وروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن الجلالة أن تشرب البانها لأن لحمها إذا تغير يتغير لبنها وما روى أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن أن يحج عليها وأن يعتمر عليها وأن يغزى وأن ينتفع بها فباسوى ذلك فذلك محمول على أنها انتنت في نفسها فيمتنع من استعمالها حتى لا يتأذى الناس بنتنهما كذا ذكره القدوري رحمه الله في شرحه مختصر الكرخي وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي أنه لا يحل الانتفاع بها من العمل وغيره إلا أن تحبس أياماً وتلف فينثذ تحل وما ذكر القدوري رحمه الله أجود لأن النهي ليس لمعنى يرجع إلى ذاتها بل لما رخص جاورها فكان الانتفاع بها حلالاً في ذاته إلا أنه يمنع عنه لغيره ثم ليس لحبسها تقدير في ظاهر الرواية هكذا روى عن محمد رحمه الله أنه قال كان أبو حنيفة رضى الله عنه لا يوقت في حبسها وقال تحبس حتى تطيب وهو قولهما أيضاً وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة عليه الرحمة أنها تحبس ثلاثة أيام وروى ابن رستم رحمه الله عن محمد في الناقة الجلالة والشاة والبقر الجلال أنها إذا انتنت وجعلت من أكلها منتهى الجلالة حينئذ لا يشرب لبنها ولا يؤكل لحمها ويبعها ويهبها جائز هذا إذا كانت لا تخط ولا تأكل إلا العذرة غالباً فإن خلطت فليست جلالة فلا تكره لأنها لا تنتن ولا يكره أكل الدجاج المحلى وإن كان يتناول النجاسة لأنه لا يغلب عليه أكل النجاسة بل يخلطها بغيرها وهو الحب فكل ذواذا وقيل نعم لا يكره لأنه لا ينتن كما ينتن الإبل والحكم متعلق بالنتن ولهذا قال أصحابنا في جدى ارتضع بلبن خنزير حتى كبر أنه لا يكره أكله لأن لحمه لا يتغير ولا ينتن فهذا يدل على أن الكراهة في الجلالة لمكان التنفير والتنق لا لتناول النجاسة ولهذا إذا خلطت لا يكره وإن وجد تناول النجاسة لأنها لا تنتن فدل أن العبرة بالنتن لا لتناول النجاسة والأفضل أن تحبس الدجاج حتى يذهب ما في بطنها من النجاسة لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يحبس الدجاج ثلاثة أيام ثم يأكله وذلك على طريق التنزه وهو رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة عليهما الرحمة أنها تحبس ثلاثة أيام كأنه ذهب إلى ذلك للخبر ولما ذكرنا أن ما في جوفها من النجاسة يزول في هذه المدة ظاهر أو غالباً ويكره الغراب الأسود الكبير لما روى عن عروة عن أبيه أنه سئل عن أكل الغراب فقال من يأكل بعد ما سماه الله تبارك وتعالى فاسقاً عني بذلك قول رسول الله صلى الله عليه وسلم خمس من القواصق يقتلن المحرم في الحل والحرم ولأن غالب أكلها الجفيف فيكره أكلها كالجلالة ولا بأس بغراب الزرع لأنه يأكل الحب والزرع ولا يأكل الجفيف هكذا روى بشر بن الوليد عن أبي يوسف قال سألت أبا حنيفة عليه الرحمة عن أكل الغراب فرخص في غراب الزرع وكره الغداف فسأله عن الأبقع فكره ذلك وإن كان غراباً يخلط فياً أكل الجفيف ويأكل الحب لا يكره في قول أبي حنيفة عليه الرحمة قال وإنما يكره من الطير ما لا يأكل إلا الجفيف ولا بأس بالعق لا أنه ليس بذى مخلب ولا من الطير الذي لا يأكل إلا الحب كذا روى أبو يوسف أنه قال سألت أبا حنيفة رحمه الله في أكل العقق فقال لا بأس به قلت أنه يأكل الجفيف فقال أنه يخلط فحصل من قول أبي حنيفة أن ما يخلط من الطيور لا يكره أكله كاللجج وقال أبو يوسف رحمه الله يكره لأن غالب أكله الجفيف

فصل وأما بيان شرط حل الأكل في الحيوان المأكول فشرط حل الأكل في الحيوان المأكول البرى هو الذكاة فلا يحل أكله بدونها لقوله تبارك وتعالى حرمت عليكم الميتة والدم إلى قوله عز شأنه وما أكل السبع إلا ما ذكيتم استثنى سبحانه وتعالى الذكى من الحرم والاستثناء من التحريم أباحة ثم الكلام في الذكاة في الأصل في ثلاثة مواضع في بيان ركن الذكاة وفي بيان شرائط الركن وفي بيان ما يستحب من الذكاة وما يكره منها فالذكاة نوعان اختيارية وضرورية أما الاختيارية فركنها الذبح فيما يذبح من الشاة والبقرة ونحوهما والنحر فيما ينحر وهو الإبل عند القدرة على الذبح والنحر لا يحل بدون الذبح والنحر لأن الحرمة في الحيوان المأكول لمكان الدم المسفوح وأنه لا يزول إلا بالذبح والنحر ولأن الشرع إنما ورد بأحلال الطيبات قال الله تبارك وتعالى يستلونك ماذا أحل لهم قل أحل لكم الطيبات وقال سبحانه وتعالى ويحل لهم الطيبات ويحرم عليهم الخبائث ولا يطيب إلا بخروج الدم المسفوح وذلك بالذبح والنحر

ولهذا حرم الميتة لان الحرم وهو الدم المسفوح فيها قائم ولذا لا يطيب مع قيامه ولهذا يفسد في أدنى مدة ما يفسد في مثلها المذبح وكذا المنخقة والموقودة والمتردية والنطيحة لما قلنا والذبح هو فرى الاوداج ومحلها ما بين اللبة واللحين لقول النبي عليه الصلاة والسلام الذكاة ما بين اللبة واللحية أى محل الذكاة ما بين اللبة واللحين وروى الذكاة في الحلق واللبة والتحرى فرى الاوداج ومحلها آخر الحلق ولو نحر ما يذبح وذبح ما ينحر يحل لوجود فرى الاوداج ولكنه يكره لان السنة في الابل النحر وفي غيرها الذبح ألا ترى ان الله تعالى ذكر في الابل النحر وفي البقر والغنم الذبح فقال سبحانه وتعالى فصل ربك وانحر قيل في التأويل أى انحر الجزور وقال الله عز شأنه ان الله يأمركم أن تذبحوا بقرة وقال تعالى وفديناه بذبح عظيم والذبح بمعنى المذبح كالمطبخ بمعنى المطحون وهو الكبش الذى فدى به سيدنا اسماعيل أو سيدنا إسحاق صلوات الله عليهما على اختلاف أصل القصة في ذلك وكذا النبي عليه الصلاة والسلام نحر الابل وذبح البقر والغنم فدل أن ذلك هو السنة وذكر محمد رحمه الله في الأصل وقال بلغنا أن أصحاب النبي عليه الصلاة والسلام ورى الله عنهم كانوا ينحرون الابل قياما معقولة اليد اليسرى فدل ذلك على ان التحرى في الابل هو السنة لان الأصل في الذكاة انما هو الاسهل على الحيوان وما فيه نوع راحة له فيه فهو أفضل لما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام قال ان الله تعالى كتب الاحسان على كل شيء فاذا قتلتم فأحسنوا القتلة وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة وليحد أحدكم شفرته وليرح ذبيحته والاسهل في الابل النحر لخلوليتها عن اللحم واجتماع اللحم فيها سواء من خلفها والبقر والغنم جميع حلقها لا يختلف فان قيل اليس انه روى عن جابر رضى الله عنه أنه قال نحر ناعر رسول الله صلى الله عليه وسلم البدنة عن سبعة والبقرة عن سبعة أى ونحرننا البقرة عن سبعة لانه معطوف على الاول فكان خبر الاول خبرا للثاني كقولنا جاعنى زيد وعمر فالجواب ان الذبح مضمير فيه ومعناه وذبحنا البقرة على عادة العرب في الشيء اذا عطف على غيره وخبر المعطوف عليه لا يحمل الوجود في المعطوف أولا يوجد عادة أن يضم المتعارف المعتاد كما قال الشاعر

ولقيت زوجك في الوغى * متقلدا سيفا ورماحا

أى متقلدا سيفاً ومعتقلاً رماحاً وقال آخر * علقتهما تبنا وماء باردا *

أى علقتهما تبناً وسقيتهما ماء باردا لان الرمح لا يحمل التقيد أو لا يتعد عادة والماء لا يعلف بل يسقى كذا ههنا الذبح في البقر هو المعتاد فيضم فيه فصار كأنه قال نحرنا البدنة وذبحنا البقرة وهذا الذى ذكرنا قول عامة العلماء رضى الله تعالى عنهم وقال مالك رحمه الله اذا ذبح البدنة لا تحل لان الله تبارك وتعالى أمر في البدنة بالنحر بقوله عز شأنه فصل ربك وانحر فاذا ذبح فقد ترك المأمور به فلا يحل ولنا ما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال ما أنهر الدم وفرى الاوداج فكل وبه تبين ان الأمر بالنحر في البدنة ليس لعينه بل لانهار الدم وفراء الاوداج وقد وجد ذلك ولا بأس في الحلق كله أسفله أو أوسطه أو أعلاه لقوله عليه الصلاة والسلام الذكاة ما بين اللبة واللحين وقوله عليه الصلاة والسلام الذكاة في الحلق واللبة من غير فصل ولان المقصود اخراج الدم المسفوح وتطيب اللحم وذلك يحصل بقطع الاوداج في الحلق كله ثم الاوداج ربة الحلقوم والمرى والمرقان اللذان بينهما الحلقوم والمرى فاذا فرى ذلك كله فقد أتى بالذكاة بكاملها وسننها وان فرى البعض دون البعض فعند أبى حنيفة رضى الله عنه اذا قطع أكثر الاوداج وهو ثلاثة منها أى ثلاثة كانت وترك واحدا يحل وقال أبو يوسف رحمه الله لا يحل حتى يقطع الحلقوم والمرى أو أحد المرقين وقال محمد رحمه الله لا يحل حتى يقطع من كل واحد من الاربعة أكثره وقال الشافعى رحمه الله اذا قطع الحلقوم والمرى وحل اذا استوعب قطعهما (وجه) قول الشافعى رضى الله عنه ان الذبح ازالة الحياة والحياة لا تبقى بعد قطع الحلقوم والمرى عادة وقيد تبقى بعد قطع الودجين اذ هما عرقان كسائر العروق والحياة تبقى بعد قطع عرقين من سائر العروق (ولنا) ان المقصود من الذبح ازالة الحرم وهو الدم المسفوح ولا يحصل الا بقطع الودج (وجه) قول محمد عليه الرحمة انه اذا قطع الاكثر من كل واحد من الاربعة فقد حصل المقصود بالذبح وهو خروج الدم لانه يخرج ما يخرج

بقطع الكل (وجه) قول أبي يوسف أن كل واحد من العروق يقصد بقطعه غير ما يقصده الآخر لأن الحلقوم
يجرى النفس والمرى ويجرى الطعام والودجين مجرى الدم فإذا قطع أحد الودجين حصل بقطعه المقصود منهما وإذا
ترك الحلقوم لم يحصل بقطع ماسواه المقصود منه ولذلك اختلفوا ولا يحنيفة عليه الرحمة أنه قطع الأكثر من العروق
الاربعة ولا كثر حكم الكل فيما يبنى على التوسعة في أصول الشرع والذكاة بنيت على التوسعة حيث يكتفى فيها
بالبعض بلا خلاف بين الفقهاء وإنما اختلفوا في الكيفية فيقام الأكثر فيها مقام الجميع ولو ضرب عنق جزورا أو بقرة
أو شاة بسيفه أو بانها وسمى فإن كان ضرب بهما من قبل الحلقوم تؤكل وقد أساء أما حل الكل فلا نه أنى بفعل الذكاة وهو
قطع العروق وأما الإساءة فلا نه زائدة في المهاز يادة لا يحتاج إليها في الذكاة فيكره ذلك وإن ضرب بهما من القفا فمات قبل
القطع بأن ضرب على الثاني والتوقف لا تؤكل لأنها ماتت قبل الذكاة فكانت ميتة وإن قطع العروق قبل موتها تؤكل
لوجود فعل الذكاة وهي حية إلا أنه يكره ذلك لأنه زائد في المهام من غير حاجة وإن أمضى فعله من غير توقف تؤكل لأن
الظاهر أن موتها بالذكاة وعلى هذا يخرج ما إذا ذبح بالمروة أو بلبطة القصب أو بشقة العصا أو غيرها من الآلات
التي تقطع أنه محل لوجود معنى الذبح وهو فرى الأوداج وجملة الكلام فيه أن الآلة على ضرب من آلة تقطع وآلة تفسخ
والتي تقطع نوعان حادة وكليلة أما الحادة فيجوز الذبح بها حديد أو غير حديد والأصل في جواز الذبح بدون
الحديد ما روى عن عدي بن حاتم رضي الله عنه أنه قال قلت يا رسول الله أرأيت أحدا نأصاب صيدا وليس معه
سكين أيد كي بمروة أو بشقة العصا فقال عليه الصلاة والسلام أنهر الدم بمأشئت وإذا كراسم الله تعالى وروى
أن جارية لكعب بن مالك رضي الله عنه ذبحت شاة بمروة فسأل كعب رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فأمر
بأكلها ولا نه يجوز بالحديد والجواز ليس لكونه من جنس الحديد بل لوجود معنى الحديد بدليل أنه لا يجوز بالحديد
الذي لا حدة له فإذا وجد معنى الحدي في المروة واللبطة جاز الذبح بهما وأما الكليلة فإن كانت تقطع يجوز لحصول معنى
الذبح لكنه يكره لما فيه من زيادة إيلام لا حاجة إليها ولهذا أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بتحديد الشفرة
واراحة الذبيحة وكذلك إذا جرح بظفر مزروع أو سن منزع جاز الذبح بهما ويكره وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز
واحتج بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال أنهر الدم بمأشئت إلا ما كان من سن أو ظفر فإن الظفر مدي
الحبشة والسن عظم من الإنسان استثنى عليه الصلاة والسلام الظفر والسن من الإباحة والاستثناء من الإباحة يكون
حظرا وعلل عليه الصلاة والسلام بكون الظفر مدي الحبشة وكون السن عظم الإنسان وهذا خرج مخرج النكار
ولأنه لما قطع الأوداج فقد وجد الذبح بهما فيجوز كما لو ذبح بالمروة ولبطة القصب وأما الحديث فالمراد السن القائم
والظفر القائم لأن الحبشة إنما كانت تفعل ذلك لاظهار الجلادة وذلك بالقائم لا بالمرزوع والدليل عليه أنه روى في بعض
الروايات إلا ما كان قرصا بسن أو حزا بظفر والقرص إنما يكون بالسن القائم وأما الآلة التي تفسخ فالظفر القائم والسن
القائم ولا يجوز الذبح بهما بالاجماع ولو ذبحهما كان ميتة للخبر الذي رويناه ولأن الظفر والسن إذا لم يكن منفصلا فالذبح
يعتمد على الذبيح فيخلق وينفسخ فلا يحل أكله حتى قالوا لو أخذ غيره يده فأمريده كما أمر السكين وهو ساكت يجوز
ويحل أكله وعلى هذا يخرج الجنين إذا خرج بعد ذبح أمه أن خرج حيا فذكي يحل وإن مات قبل الذبح لا يؤكل
بلا خلاف وإن خرج ميتا فإن لم يكن كامل الخلق لا يؤكل أيضا في قولهم جميعا لأنه بمعنى المصغة وإن كان كامل الخلق
اختلف فيه قال أبو حنيفة رضي الله عنه لا يؤكل وهو قول زفر والحسن بن زياد رحمهم الله وقال أبو يوسف ومحمد
والشافعي رحمهم الله لا بأس بأكله واحتجوا بقول النبي عليه الصلاة والسلام ذكاة الجنين بذكاة أمه فيقتضى أنه
يتذكى بذكاة أمه ولا نه تبع لأمه حقيقة وحكما (أما الحقيقة فظاهر وأما الحكم فلا نه يباع ببيع الأم ويعتق بعقها
والحكم في التبع ثبت بعلة الأصل ولا يشترط له علة على حدة لثلاث ينقلب التبع أصلا ولا يحنيفة قوله تعالى حرمت
عليكم الميتة والدم والجنين ميتة لأنه لا حياة فيه والميتة مالا حياة فيه فدخل تحت النص فإن قيل الميتة اسم لآل الحياة

فيستدعي تقدم الحياة وهذا لا يعلم في الجنين فالجواب ان تقدم الحياة ليس بشرط لاطلاق اسم الميت قال الله تبارك وتعالى وكنتم أمواتاً فأحياكم ثم يميتكم على أنا ان سلسلنا ذلك فلا بأس به لانه يحتمل انه كان حيا فمات بموت الام ويحتمل انه لم يكن فيحرم احتياطا ولا نه أصل في الحياة فيكون له أصل في الذكاة والدليل على انه أصل في الحياة انه يتصور بقاؤه حيا بعد ذبح الام ولو كان تبعا للام في الحياة لما تصور بقاؤه حيا بعد ذبح الام واذا كان أصلا في الحياة يكون أصلا في الذكاة لان الذكاة تقويت الحياة ولا نه اذا تصور بقاؤه حيا بعد ذبح الام لم يكن ذبح الام سببا لخروج الدم عنه اذ لو كان لما تصور بقاؤه حيا بعد ذبح الام اذ الحيوان الدموي لا يعيش بدون الدم عادة فبقى الدم المسفوح فيه ولهذا اذا جرح سبيل منه الدم وانه حرم بقوله سبحانه وتعالى وما مسفوحا وقوله عز شأنه حرمت عليكم الميتة والدم ولا يمكن التمييز بين لحمه ودمه فيحرم لحمه أيضا وأما الحديث فقد روي بنصب الذكاة الثانية معناه كذكاة أمه اذا تشبیهه قد يكون بحرف التشبيه وقد يكون بحذف حرف التشبيه قال الله تعالى وهي تمرر السحاب وقال عز شأنه ينظرون اليك نظر المغشى عليه من الموت أى كنظر المغشى عليه وهذا حجة عليكم لان تشبيه ذكاة الجنين بذكاة أمه يقتضى استواءهما في الافتقار الى الذكاة ورواية الرفع تحتل التشبيه أيضا قال الله سبحانه وتعالى وجنة عرضها السموات والأرض أى عرضها كعرض السموات فيكون حجة عليكم ويحتمل الكناية كما قالوا فلا تكون حجة مع الاحتمال مع أنه من أخبار الآحاد ورد فيما تم به البلوى وانه دليل عدم الثبوت اذ لو كان تابلا لاشتهر واذا خرجت من الدجاجة الميتة بيضة تؤكل عند ناسواء اشتد قشرها ولم يشدد وعند الشافعى رحمه الله ان اشتد قشرها تؤكل والا فلا (وجه) قوله أنه اذا لم يشدد قشرها فهي من أجزاء الميتة فتحرم بتحريم الميتة واذا اشتد قشرها فقد صار شيئا آخر وهو منفصل عن الدجاجة فيحل (ولنا) انه شئ طاهر في نفسه مودع في الطير منفصل عنه ليس من اجزائه فتحريمها لا يكون تحريرا له كما اذا اشتد قشرها ولو ماتت شاة وخرج من ضرعها لبن يؤكل عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد لا يؤكل وهو قول الشافعى رحمه الله جميعا الا ان عند الشافعى لا يؤكل لكونه ميتة وعندهما لا يؤكل لنجاسة الوعاء ولا بى حنيفة عليه الرحمة قوله تبارك وتعالى وان لكم في الانعام لبرة نسقيكم بما في بطونه من بين فرث ودم لبنأ خالصا سائغا للشاربين والاستدلال بالآية من وجوه أحدها انه وصفه بكونه خالصا فيقتضى ان لا يشوبه شئ من النجاسة والثاني أنه سبحانه وتعالى وصفه بكونه سائغا للشاربين والحرام لا يسوغ للسلم والثالث انه سبحانه وتعالى من علينا بذلك اذا لاية خرجت منخرج المنة والمنة بالحلال لا بالحرام وعلى هذا الخلاف الا فتحة اذا كانت مائة وان كانت صلبة فعند أبي حنيفة رحمه الله تؤكل وتستعمل في الادوية كلها وعندهما يغسل ظاهرها وتؤكل وعند الشافعى لا تؤكل أصلا (وأما) الاضطرار لفركتها العقر وهو الجرح في أى موضع كان وذلك في الصيد وما هو في معنى الصيد وانما كان كذلك لان الذبح اذا لم يكن مقدورا ولا بد من اخراج الدم لازالة الحريم وتطبيب اللحم وهو الدم المسفوح على ما بينا في مقام سبب الذبح مقامه وهو الجرح على الاصل المعهود في الشرع من اقامة السبب مقام المسبب عند العذر والضرورة كما يقام السفر مقام المشقة والنكاح مقام الوطء والنوم مضطجعا ومتورا كما مقام الحدث ونحو ذلك وكذلك ما ندم من الابل والبقر والغنم بحيث لا يقدر عليها صاحبها لانها بمعنى الصيد وان كان مستأنسا وقدر روى ان بيرانا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فرماه رجل فقتله فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان لهذه الابل أوابد كاوابد الوحش فاذا غلبكم منها شئ فاصنعوا به هكذا وسواء نذ البعير والبقر في الصحراء أو في المصر فذكتهما العقر كذا روى عن محمد لا نهما يدفعا عن أنفسهما فلا يقدر عليهما قال محمد والبعير الذي نذ على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم كان بالمدينة فذل ان نذ البعير في الصحراء والمصر سواء في هذا الحكم (وأما) الشاة فان نذت في الصحراء فذكاتها العقر لانه لا يقدر عليها وان نذت في المصر لم يحز عقرها لانه يمكن أخذها ذهي لا تدفع عن نفسها فكان الذبح مقدورا عليه فلا يجوز العقر وهذا لان المقر خلف من الذبح والقدرة على الاصل تمنع المصير الى الخلف كما في التراب مع الماء والا لشهر

مع الاقراء وغير ذلك وكذلك ما وقع منها في قلب فلم يقدر على اخراجه ولا على مذبجه ولا منجره فان ذكاته ذكاة
 الصيد لكونه في معناه لمعذر الذبح والنحر وذكر في المنتقى في البعير اذا صال على رجل قتلته وهو يريد الذكاة حل
 أكله اذا كان لا يقدر على أخذه وضمن قيمته لانه اذا كان لا يقدر على أخذه صار بمنزلة الصيد فجعل الصيال منه
 كنده لانه يعجز عن أخذه فيه عجز عن نحره فيقام الجرح فيه مقام النحر كما في الصيد ثم لا خلاف في الاصطيد
 بالسهم والرمح والحجر والخشب ونحوها انه اذا لم يجرح لا يحل وأصله ما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
 سئل عن صيد المراض فقال عليه والسلام اذا خرق فكل وان أصابه برص فلا تأكل فانه وقيد (وأما)
 الاصطيد بالجوارح من الحيوانات اما بناب كالكلب والقهد ونحوهما واما بالخيل كالبازي والشاهين ونحوهما
 فكذلك في الرواية المشهورة انه اذا لم يجرح لا يحل حتى لو خنق أو صدم ولم يجرح ولم يكسر عضو منه لا يحل في ظاهر
 الرواية وروى عن أبي حنيفة وأبي يوسف انه يحل (وجه) هذه الرواية ان الكلب يأخذ الصيد على حسب ما يتفق له
 فقد يتفق له الاخذ بالجرح وقد يتفق بالخنق والصدم والحال حال الضرورة فيوسع الامر فيه ويجعل الخنق والصدم
 كالجرح كما وسع في الذبح (وجه) ظاهر الرواية قوله تعالى يستلونك ماذا أحل لهم قل أحل لكم الطيبات وما علمتم من
 الجوارح وهي من الجراحة فيقتضي اعتبار الجرح ولان الركن هو اخراج الدم وذلك بالذبح في حال القدرة وفي حال
 العجز أقيم الجرح مقامه لكونه سبباً في خروج الدم ولا يوجد ذلك في الخنق وقد روى عن رسول الله صلى الله عليه
 وسلم في صيد المراض اذا خرق فكل وان أصاب برصه فلا تأكل فانه وقيد وروى انه عليه الصلاة والسلام قال
 ما أصبت برصه فلا تأكل فهو وقيد وما أصبت بجرحه فلا تأكل فانه وقيد وروى انه عليه الصلاة والسلام قال
 وعدم الجرح وسمى عليه الصلاة والسلام غير المعجورح وقيداً وانه حرام بقوله تبارك وتعالى والموقودة ولانها
 منخقة وانها محرمة بقوله عز وجل والمنخقة فان لم يجرحه ولم ينخقه ولكنه كسر عضو آمنه فأتى قد ذكر الكرخي
 رحمه الله انه لم يحل عن أبي حنيفة رحمه الله فيه شيء مصرح وذكر محمد في الزيادة وأطلق انه اذا لم يجرح لم يؤكل وهذا
 الاطلاق يقتضي انه لا يحل بالكسر وقال أبو يوسف اذا جرح بناب أو مخالب أو كسر عضو أقتله فلا بأس بأكله
 فقد جعل الكسر جراحة باطنه فيلحق بالجراحة لظاهرة في حكمه بنى على الضرورة والعدول (وجه) رواية محمد رحمه
 الله وهي الصحيحة ان الأصل هو الذبح وانما أقيم الجرح مقامه في كونه سبباً لخروج الدم وذلك لا يوجد في الكسر
 فلا يقام مقامه ولهذا لم يمتنع الخنق مقامه وقد قالوا اذا أصاب السهم ظلف الصيد فان وصل الى اللحم فأدامه حل والا
 فلا وهذا تفرع على رواية اعتبار الجرح ولو ذبح شاة ولم يسل منها دم قيل وهذا قد يكون في شاة اعتلفت العناب
 اختلف المشايخ فيه قال ابو القاسم الصفار رحمه الله لا تؤكل لقوله عليه الصلاة والسلام ما فرى الاوداج وأنهر الدم
 فكل يؤكل بشرط انها بالدم ولم يوجد لان الذبح لم يشترط لعينه بل لاخراج الدم المحرم وتطيب اللحم ولم يوجد
 فلا يحل وقال أبو بكر الاسكاف والفقهاء أبو جعفر الهندي وأبو جعفر الهندي يؤكل لوجود الذبح وهو فرى الاوداج وانه
 سبب لخروج الدم مادة لكنه امتنع لما روى بعد وجود السبب فصار كالدم الذي احتبس في بعض العروق عن
 الخروج بعد الذبح وهذا يمنع الحل كذا هذا وعلى هذا يخرج ما اذا قطع من الية الشاة قطعة أو من فخذها انه لا يحل
 المبان وان ذبحت الشاة بعد ذلك لان حكم الذكاة لم يثبت في الجزء المبان وقت الابانة لا نعدام ذكاة الشاة لكونها حية
 وقت الابانة وحال فوات الحياة كان الجزء منفصلاً وحكم الذكاة لا يظهر في الجزء المنفصل وروى ان أهل الجاهلية
 كانوا يقطعون قطعة من الية الشاة ومن سنام البعير فيأكلونها فلما بعث النبي المكرم عليه الصلاة والسلام نهاهم عن ذلك
 فقال عليه الصلاة والسلام ما بين من الحى فهو ميت والجزء المقطوع مبان من حى وبأن منه فيكون ميتاً وكذلك اذا
 قطع ذلك من صيد لم يؤكل المقطوع وان مات الصيد بعد ذلك لمأكلنا وقال الشافعي رحمه الله يؤكل اذا مات الصيد
 بذلك وسند كرم المسئلة ان شاء الله تعالى وان قطع فتعلق العضو بجذبه لا يؤكل لان ذلك القدر من التعلق لا يعتبر

فكان وجوده والعدم بمنزلة واحدة وان كان متعلقاً بالحم يؤكل الكل لأن العضو المتعلق بالحم من جملة الحيوان وذكاة الحيوان تكون لما اتصل به ولو ضرب صيداً بسيف فقطعه نصفين يؤكل النصفان عندنا جميعاً وهو قول إبراهيم النخعي لأنه وجد قطع الوداج لكونها متصلة من القلب بالدم فاشبه الذبح فيؤكل الكل وان قطع أقل من النصف فمات فان كان مما يلي العجز لا يؤكل المبان عندنا وقال الشافعي يؤكل (وجه) قوله ان الجرح في الصيد اذا اتصل به الموت فهو ذكاة اضطرارية وانها سبب الحل كالذبح (ولنا) . قول النبي عليه الصلاة والسلام ما بين من الحى فهو ميت والمقطوع مبان من الحى فيكون ميتاً وأما قوله ان الجرح الذى اتصل به الموت ذكاة فى الصيد فنعم لكن حال فوات الحياة عن الحل وعند الابانة الحل كان حياً فلم يقع الفعل ذكاة له وعند ما صار ذكاة كان الجزء منفصلاً وحكم الذكاة لا يلحق الجزء المنفصل وان كان مما يلي الرأس يؤكل الكل لوجود قطع الوداج فكان الفعل حال وجوده ذكاة حقيقة فيحل به الكل وان ضرب رأس صيد فأبانه نصفين طولاً أو عرضاً يؤكل كله فى قول أبى حنيفة ومحمد وهو قول أبى يوسف الاول ثم رجع وقال لا يؤكل النصف البائن ويؤكل ما بقى من الصيد والاصل فيه ما ذكرنا أن الوداج متصلة بالدم فتنصير مقطوعة بقطع الرأس وكان أبو يوسف على هذا ثم ظن انها لا تكون الا فيما يلي البدن من الرأس وان كان المبان أكثر من النصف فكذلك يؤكل الكل لأنه اذا قطع العروق فلم يكن ذلك ذبحاً بل كان جرحاً وأنه لا يبيح المبان لما ذكرنا (وأما) شرائط ركن الذكاة فأنواع بعضها يعم نوعى الذكاة الاختيارية والاضطرارية وبعضها يخص أحدهما دون الآخر أما الذى يعمهما فأن يكون عاقلاً فلا تؤكل ذبيحة المجنون والصبي الذى لا يعقل والسكران الذى لا يعقل لما نذكر ان القصد الى التسمية عند الذبح شرط ولا يتحقق القصد الصحيح ممن لا يعقل فان كان الصبي يعقل الذبح ويقدر عليه تؤكل ذبيحته وكذا السكران (ومنها) أن يكون مسلماً أو كتابياً فلا تؤكل ذبيحة أهل الشرك والجوسى والوثنى وذبيحة المرتد ما ذبيحة أهل الشرك فلقوله تعالى وما أهل لغير الله وقوله عز وجل وما ذبح على النصب أى للنصب وهى الاصنام التى يعبدونها وأما ذبيحة الجوس فلقوله عليه الصلاة والسلام سنو الجوس سنة أهل الكتاب غيرنا كحى نسائهم ولا آكلى ذبايحهم ولان ذكر اسم الله تعالى على الذبيحة من شرائط الحل عندنا لما نذكر ولم يوجد وأما المرتد فلا نه لا يقر على الدين الذى انتقل اليه فكان كالوثنى الذى لا يقر على دينه ولو كان المرتد غلاماً مراهقاً لا تؤكل ذبيحته عند أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف تؤكل بناء على أن رده صحبة عندهما وعنده لا تصح وتؤكل ذبيحة أهل الكتاب لقوله تعالى وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم والمراد منه ذبايحهم اذ لو لم يكن المراد ذلك لم يكن للتخصيص بأهل الكتاب معنى لان غير الذبايح من أطعمة الكفرة ما كول ولان مطلق اسم الطعام يقع على الذبايح كما يقع على غيرها لانه اسم لما ينظم والذبايح مما ينظم فيدخل تحت اطلاق اسم الطعام فيحل لنا أكلها ويستوى فيه أهل الحرب منهم وغيرهم لعموم الآية الكريمة وكذا يستوى فيه نصارى بنى تغلب وغيرهم لانهم على دين النصارى الا أنهم نصارى العرب فيتناولهم عموم الآية الشريفة وقال سيدنا على رضى الله عنه لا تؤكل ذبايح نصارى العرب لانهم ليسوا بأهل الكتاب وقرأ قوله عز شأنه ومنهم أميون لا يعلمون الكتاب الا أمانى وقال ابن عباس رضى الله عنهما تؤكل وقرأ قوله عز وجل ومن يتولهم منكم فإنه منهم والاية الكريمة التى تلاها سيدنا على رضى الله عنه دليل على أنهم من أهل الكتاب لانه قال عز وجل ومنهم أميون لا يعلمون الكتاب أى من أهل الكتاب وكلمة من للتبعيض الا أنهم يخالفون غيرهم من النصارى فى بعض شرائطهم وذا يخرجهم عن كونهم نصارى كسائر النصارى فان انتقل الكتابى الى دين أهل الكتاب من الكفرة لا تؤكل ذبيحته لان المسلم لو انتقل الى ذلك الدين لا تؤكل ذبيحته فالكتابى أولى ولو انتقل غير الكتابى من الكفرة الى دين أهل الكتاب تؤكل ذبيحته والاصل انه ينظر الى حاله ودينه فيه انه ينظر الى حاله ودينه وقت ذبيحته دون ماسواه وهذا اصل أصحابنا ان من انتقل من ملة يقر عليها يجعل كانه من أهل تلك الملة من الاصل على ما ذكرنا فى كتاب

النكاح والمولود بين كتابي وغير كتابي تؤكل ذبيحته أيهما كان الكتابي الأب أو الأم عندنا وقال مالك يعتبر الأب فان كان كتابياً تؤكل والأفلا وقال الشافعي لا تؤكل ذبيحته رأساً والصحيح قولنا لان جعل الولد تبعاً للكتابي منهما أولى لانه خيرهما ديناً بالنسبة فكان باتباعه اياه أولى وأما الصابئون فتؤكل ذبايحهم في قول أبي حنيفة رضي الله عنه وعند أبي يوسف ومحمد لا تؤكل واختلاف الجواب لاختلاف تفسيرهم في الصابئين انهم ممن هم وقد ذكرنا ذلك في كتاب النكاح ثم انما تؤكل ذبيحة الكتابي اذا لم يشهد بجمعه ولم يسمع منه شيء أو سمع وشهد منه تسمية الله تعالى وحده لانه اذا لم يسمع منه شيئاً يحمل على أنه قد سمى الله تبارك وتعالى وجرى التسمية تحسبنا للظن به كما بالمسلم ولو سمع منه ذكر اسم الله تعالى لكنه عني بالله عز وجل المسيح عليه الصلاة والسلام قالوا تؤكل لانه أظهر تسمية هي تسمية المسلمين الا اذا نص فقال بسم الله الذي هو ثالث ثلاثة فلا تحل وقد روى عن سيدنا علي رضي الله عنه انه سئل عن ذبايح أهل الكتاب وهم يقولون ما يقولون فقال رضي الله عنه قد أحل الله ذبايحهم وهو يعلم ما يقولون فاما اذا سمع منه أنه سمى المسيح عليه الصلاة والسلام وحده أو سمى الله سبحانه وتعالى وسمى المسيح لا تؤكل ذبيحته كذا روى سيدنا علي رضي الله عنه ولم يرو عنه غيره خلافة فيكون اجماعاً وقوله عز وجل وما أهل لغير الله وهذا أهل لغير الله عز وجل به فلا يؤكل ومن أكلت ذبيحته ممن ذكرنا كل صيده الذي صاده بالسهم أو بالجوارح ومن لا فلا لان أهلية المذكي شرط في نوعي الذكاة الاختيارية والاضطرارية جميعاً (ومنها) التسمية حاله الذكرك عندنا وعند الشافعي ليست بشرط أصلاً وقال مالك رحمه الله انها شرط حالة الذكرك والسهو حتى لا يحل متروكة التسمية ناسياً عنده والمسئلة مختلفة بين الصحابة رضي الله تعالى عنهم أما الكلام مع الشافعي رحمه الله فانه احتج بقوله تبارك وتعالى قل لا اجد فيها أوحى الى محرماً على طاعم يطعمه الا ان يكون ميتة أو دماً مسفوحاً أو لحماً خنزيراً أمر النبي عليه الصلاة والسلام ان يقول انه لا يجد فيها أوحى اليه محرماً سوى الاثني عشر الميتة ومتروكة التسمية لم يدخل فيها فلا يكون محرماً ولا يقال يحتمل انه لم يكن المحرم وقت نزول الآية الكريمة سوى المذكور فيها ثم حرم بعد ذلك متروكة التسمية بقوله عز وجل ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه لانه قيل ان سورة الانعام نزلت جملة واحدة ولو كان متروكة التسمية محرماً لكان واجداً له فيجب ان يستثنى كما استثنى الاثني عشر الميتة (ولنا) قوله عز وجل ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه وانه لفسق والاستدلال بالآية من وجهين أحدهما ان مطلق النهي للتحريم في حق العمل والثاني انه سمي اكل ما لم يذكر اسم الله عليه فسقاً بقوله عز وجل وانه لفسق ولا فسق الا بارتكاب المحرم ولا يحمل الاعلى الميتة وذبايح أهل الشرك بقول بعض أهل التأويل في سبب نزول الآية الكريمة لان العام لا يخص بالسبب عندنا بل يعمل بمعوم اللفظ لما عرف في أصول الفقه مع ما ان الحمل على ذلك حمل على التكرار لان حرمة الميتة وذبايح أهل الشرك ثبتت بنصوص أخرى وقوله عز وجل حرمت عليكم الميتة وقوله عز وجل وما أهل لغير الله به وقوله عز وجل وما ذبح على النصب فالحمل على ما قاله يكون حملاً على ما قلنا ويكون حملاً على فائدة جديدة فكان أولى وقوله عز وجل فاذا ذكروا اسم الله عليها صواف ومطلق الامر للوجوب في حق العمل ولو لم يكن شرط المساء وجب وروى الشعبي عن عدي بن حاتم رضي الله عنهما قال سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن صيد الكلب فقال ما أمسك عليك ولم يأكل منه فكله فان أخذه ذكاته فان وجدت عندك كلبك غيره فحسبت أن يكون أخذه معه وقد قتله فلا تأكل لانه انما ذكرت اسم الله تعالى على كلبك ولم تذكره على كلب غيره نهي النبي عليه الصلاة والسلام عن الاكل وعلى بترك التسمية فدل انها شرط (وأما) الآية الكريمة ففيها انه كان يجد وقت نزول الآية الشريفة محرماً سوى المذكور فيها فاحتمل انه كان كذلك وقت نزول الآية الشريفة وجد تحریم متروكة التسمية بعد ذلك لما تلونا كما كان لا يجد تحریم كل ذي ناب من السباع وكل ذي مخلب من الطير وتحريم الحمار والبغل عند نزولها ثم وجد بعد ذلك بوحى متلو أو غير متلو على ما ذكرنا (وأما) ما يروى ان سورة الانعام نزلت كلها جملة واحدة فروى على طريق الأحاد فلا يقبل

في إبطال حرمة تثبت بالكتاب على أن المذكور فيها من جملة المستثنى الميتة فالدليل على أن متروك التسمية عمدا ليس بميتة بل هو ميتة عند ناعم أنه لا يجد فيها أوحى إليه محر ما سوى المذكور ونحن لا نطلق اسم المحرم على متروك التسمية إذ المحرم المطلق ما ثبتت حرمة بدليل مقطوع به ولم يوجد ذلك في محل الاجتهاد إذا كان الاختلاف بين أهل الديانة وإنما نسميه مكرها أو محرما في حق الاعتقاد قطعا على طريق التعيين بل على الإبهام أن ما أراد الله عز وجل من هذا النهي فهو حق لكننا نمتنع عن أكله احتياطا وهو تفسير الحرمة في حق العمل (وأما) الكلام مع مالك رحمه الله فهو احتيج بمعوم قوله تبارك وتعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه من غير فصل بين العمد والسهو ولا أن التسمية لما كانت واجبة حالة العمد فكذا حالة النسيان لأن النسيان لا يمنع الوجوب والحظر كالخطأ حتى كان الناسي والخطأ جازر المؤاخذه عقلا ولهذا استوى العمد والسهو في ترك تكبيرة الافتتاح والطهارة وغيرها من الشرائط والكلام في الصلاة عمدا أو سهوا عندكم كذا ههنا (ولنا) ما روى عن راشد بن سعد عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال ذبيحة المسلم حلال سمي أو لم يسم ما لم يعمد وهذا نص في الباب وأما الآية فلا تتناول متروك التسمية لوجبه أحد ههنا أنه قال عز وجل وأنه لفسق أي ترك التسمية عند الذبح فسق وترك التسمية سهوا لا يكون فسقا وكذا كل متروك التسمية سهوا لا يلحقه سمة الفسق لأن المسئلة اجتهادية وفيها اختلاف الصحابة فدل أن المراد من الآية الكريمة متروك التسمية عمدا أو سهوا والثاني أن الناسي لم يترك التسمية بل ذكر اسم الله عز وجل والذي قد يكون باللسان وقد يكون بالقلب قال الله تعالى ولا تطعم من أغفلنا قلبه عن ذكرنا والناسي ذا كبر قلبه لما روى عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه سئل عن رجل ذبح ونسى أن يذكر اسم الله عليه فقال رضي الله عنه اسم الله عز وجل في قلب كل مسلم فليأكل وعنه في رواية أخرى قال أن المسلم ذكر الله في قلبه وقال كيلا ينفع الاسم في الشرك لا يضر النسيان في الإسلام وعنه رضي الله عنه في رواية أخرى قال في المسلم اسم الله تعالى فاذا ذبح ونسى أن يسمي فكل واذا ذبح المجوسى وذكر اسم الله تعالى فلا تطعمه وعن سعيدنا على رضي الله عنه سئل عن هذا فقال إنما هي علة المسئلة فثبت أن الناسي إذا كفر كانت ذبيحته منذ كور التسمية فلا تتناولها الآية الكريمة وأما قوله أن النسيان لا يدفع التكليف ولا يدفع الحظر حتى لم يجعل عذرا في بعض المواضع على ما ضرب من الأمثلة فنقول النسيان جعل عذرا ما نأمن التكليف والمؤاخذه فيها يغلب وجوده ولم يجعل عذرا فيما لا يغلب وجوده لأنه لو لم يجعل عذرا فيما يغلب وجوده لوقع الناس في الحرج والحرج مدفوع والأصل فيه أن من لم يعود نفسه فعلا يعذر في تركه واشتغاله بضده سهوا لأن حفظ النفس عن العادة التي هي طبيعة خامسة خطب صعب وأمر أمر فيكون النسيان فيه غالب الوجود فلو لم يعذر للحق الحرج وليس كذلك إذا لم يعود نفسه مثاله أن الأكل والشرب من الصائم سهوا جعل عذرا في الشرع حتى لا يفسد صومه لأنه لو عود نفسه ذلك ولم يعودها ضده وهو الكف عن الأكل والشرب ولم يجعل ذلك عذرا في المصلي لأنه لو عود نفسه ذلك في كل زمان بل في وقت معهود وهو الغداة والعشي خصوصا في حال الصلاة التي تحالف أوقات الأكل والشرب فكان الأكل والشرب فيها في غاية الندرة فلم يجعل عذرا والكلام في الصلاة من هذا القبيل لأن حالة الصلاة تمنع من ذلك عادة فكان النسيان فيها نادرا فلم يجعل عذرا وكذلك ترك تكبيرة الافتتاح سهوا لأن الشروع في الصلاة يكون بها وتركها سهوا عند تصميم العزم على الشروع فيها مما يندر فلم يعذر وكذا ترك الطهارة عند حضور وقت الصلاة سهوا لأن المسلم على استعداد الصلاة عند هجوم وقتها عادة فالشروع في الصلاة من غير طهارة سهوا يكون نادرا فلا يعذر ويلحق بالعدم فأما ذكر اسم الله تعالى فأمر لم يعود الذابح نفسه لأن الذابح على مجرى العادة يكون من القصا بين ومن الصبيان الذين لم يعودوا أنفسهم ذكر الله عز وجل فترك التسمية منهم سهوا لا يندر وجوده بل يغلب فجعل عذرا فدفع الحرج فهو الفرق بين هذه الجملة والله سبحانه وتعالى هو الموفق وإذا ثبت أن التسمية حالة الذكرك من شرائط الحل عندنا بعد ذلك يقع الكلام في بيان ركن التسمية وفي بيان شرائط الركن وفي بيان وقت التسمية أما ركنها فذكر اسم الله عز وجل أي اسم كان

لقوله تبارك وتعالى فكلوا مما ذكر اسم الله عليه ان كنتم بآياته مؤمنين ومالككم أن لاتأكلوا مما ذكر اسم الله من غير فصل بين اسم واسم وقوله عز شأنه ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه لانه اذا ذكر اسم من أسماء الله تبارك وتعالى لم يكن المأكول مما لم يذكر اسم الله عليه فلم يكن محرماً وسواء قرن بالاسم الصفة بأن قال الله أكبر الله أجل الله أعظم الله الرحمن الله الرحيم ونحو ذلك او لم يقرن بأن قال الله أو الرحمن أو الرحيم أو غير ذلك لانه المشروط بالآية عز شأنه وقد وجد وكذا في حديث عدي بن حاتم رضي الله عنهما اذا أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله عليه فكل من غير فصل بين اسم واسم وكذا التهليل والتحميد والتسبيح سواء كان جاهلاً بالتسمية المعهودة أو عالماً بها لما قلنا وهذا ظاهر على أصل أبي حنيفة ومحمد رضي الله عنهما في تكبيرة الافتتاح انه يصير شارحاً في الصلاة بلا إله إلا الله أو الحمد لله أو سبحان الله فهما أولى وأما على أصل أبي يوسف رحمه الله فلا يصير شارحاً بهذه الالفاظ وتصح بها عنده فيحتاج هو الى الفرق والفرق له أن الشرع ما ورد هناك الا بلفظ التكبير وهما ورد بذكر اسم الله تعالى وسواء كانت التسمية بالعربية أو بالفارسية أو أي لسان كان وهو لا يحسن العربية أو يحسنها كذا روى بشر عن أبي يوسف رحمه الله لو أن رجلاً سمي على الذبيحة بالرومية أو بالفارسية وهو يحسن العربية أو لا يحسنها أجزأه ذلك عن التسمية لان الشرط في الكتاب العزيز والسنة ذكر اسم الله تعالى مطلقاً عن العربية والفارسية وهذا ظاهر على أصل أبي حنيفة رحمه الله في اعتباره المعنى دون اللفظ في تكبيرة الافتتاح فيستوى في الذبح الكبيرة العربية والعجمية من طريق الأولى فأما على أصلهما فهم يحتاجان الى الفرق بين التكبير والتسمية حيث قالوا في التسمية انها جائزة بالعجمية سواء كان يحسن العربية أو لا يحسن وفي التكبير لا يجوز بالعجمية الا اذا كان لا يحسن العربية لان المشروط ههنا ذكر اسم الله تعالى وانه يوجد بكل لسان والشرط هناك لفظة التكبير لقوله عليه الصلاة والسلام لا تقبل صلاة امرئ حتى يضع الطهور مواضعه ويستقبل القبلة ويقول الله أكبر نفى عليه الصلاة والسلام القبول بدون لفظ التكبير ولا يوجد ذلك بغير لفظ العربية وأما شرائط الركن فمنها أن تكون التسمية من الذابح حتى لو سمي غيره والذابح ساكت وهوذا ذكر غير ناس لا يحل لان المراد من قوله تبارك وتعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه أي لم يذكر اسم الله عليه من الذابح فكانت مشروطة فيه (ومنها) أن يردها التسمية على الذبيحة فان من أرادها التسمية لافتتاح العمل لا يحل لان الله سبحانه وتعالى أمر بذكر اسم الله تعالى عليه في الآيات الكريمة ولا يكون ذكر اسم الله عليه الا وأن يرادها التسمية على الذبيحة وعلى هذا اذا قال الحمد لله ولم يرد به الحمد على سبيل الشكر لا يحل وكذا الوسيح أو هلل أو كبر ولم يرد به التسمية على الذبيحة وانما أراد به وصفه بالوحدانية والتزه عن صفات الحدوث لا غير لا يحل لما قلنا (ومنها) تجر يد اسم الله سبحانه وتعالى عن اسم غيره وان كان اسم النبي عليه الصلاة والسلام حتى لو قال بسم الله واسم الرسول لا يحل لقوله تعالى وما أهل لغير الله به وقول النبي عليه الصلاة والسلام موطنان لأذكر فيهما عند العطاس وعند الذبح وقول عبد الله بن مسعود رضي الله عنهما جردوا التسمية عند الذبح ولان المشركين يذكرون مع الله سبحانه وتعالى غيره فتجب مخالفتهم بالتجريد ولو قال بسم الله ومحمد رسول الله فان قال ومحمد بالجر لا يحل لانه أشرك في اسم الله عز شأنه اسم غيره وان قال محمد بالرفع يحل لانه لم يعطه بل استأنف فلم يوجد الا شراره الا انه يكره لوجود الوصل من حيث الصورة فيستصور بصورة الحرام فيكره وان قال ومحمد بالنصب اختلف المشايخ فيه قال بعضهم يحل لانه ما عطف بل استأنف الا انه أخطأ في الاعراب وقال بعضهم لا يحل لان انتصابه بنزع الحرف الخافض كانه قال ومحمد فيتحقق الاشرار فلا يحل هذا اذا ذكر الوالوان لم يذكر بأن قال بسم الله ومحمد رسول الله فانه يحل كيفما كان لعدم الشراكة (ومنها) أن يقصد بذكر اسم الله تعالى تعظيمه على الخلوص ولا يشوبه معنى الدعاء حتى لو قال اللهم اغفر لي يمكن ذلك تسمية لانه دعاء والدعاء لا يقصد به التعظيم المحض فلا يكون تسمية كما لا يكون تكبير أو في قوله اللهم اختلف المشايخ كافي التكبير (أما) وقت التسمية فوقها في الذكاة الاختيارية وقت الذبح لا يجوز تقديمها عليه الا بزمان قليل لا يمكن

التحرز عنه لقوله تبارك وتعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله تعالى عليه والذبح مضمهر فيه معناه ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله تعالى عليه من الذبائح ولا يتحقق ذكر اسم الله تعالى على الذبيحة الا وقت الذبح وكذا قيل في تأويل الآيتين الاخيرين أن الذبح مضمهر فيهما أي فكلوا مما ذكر اسم الله عليه وما لكم ألا تأكلوا مما ذكر اسم الله تعالى عليه فكان وقت التسمية الاختيارية وقت الذبح (وأما) الذكاة الاضطرارية فوقتها وقت الرمي والارسال لا وقت الاصابة لقول النبي عليه الصلاة والسلام لعدي بن حاتم رضى الله عنه حين سأله عن صيد المراض والكلب اذا رميت بالمراض وذكرت اسم الله عليه فكل وان أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله عليه فكل وقوله عليه أي على المراض والكلب ولا تقع التسمية على السهم والكلب الا عند الرمي والارسال فكان وقت التسمية فيها هو وقت الرمي والارسال والمعنى هكذا يقتضى وهو أن التسمية شرط والشرايط يتبر وجودها حال وجود الركن لان عند وجودها يصير الركن علة كفا في سائر الاركان مع شرائطها هو المذهب الصحيح على ما عرف في أصول الفقه والركن في الذكاة الاختيارية هو الذبح وفي الاضطرارية هو الجرح وذلك مضاف الى الرمي والمرسل وانما السهم والكلب آلة الجرح والفعل يضاف الى مستعمل الآلة لا الى الآلة لذلك اعتبر وجود التسمية وقت الذبح والجرح وهو وقت الرمي والارسال ولا يعتبر وقت الاصابة في الذكاة الاضطرارية لان الاصابة ليست من صنع العبد لا مباشرة ولا سبباً بل محض صنع الله عز وجل يعنى به مصنوعه هو مذهب أهل السنة والجماعة وهى المسئلة المعروفة بالتولدات وهذا لان فعل العبد لا بد وأن يكون مقدور العبد ومقدور العبد ما يقوم بمحل قدرته وهو نفسه وذلك هو الرمي السابق والارسال السابق فتعتبر التسمية عندهما على أن الاصابة قد تكون وقد لا تكون فلا يمكن إيقاع التسمية عليها وعلى هذا يخرج ما روى بشر عن أبي يوسف رحمهما الله تعالى انه قال لو أن رجلاً اضجع شاة ليذبحها وسمى ثم بدله فأرسلها وأضجع أخرى فذبحها بتلك التسمية لم يحزه ذلك ولا تؤكل لعدم التسمية على الذبيحة عند الذبح ولو رمى صيداً أفسى فأخطأ وأصاب آخر فقتله فلا بأس بأكله وكذلك اذا أرسل كلباً على صيد فأخطأ فأخذ غير الذى أرسله عليه فقتله لوجود التسمية على السهم والكلب عند الرمي والارسال وذكر في الاصل رأيت الذابح يذبح الشاتين والثلاثة فيسمى على الاولى ويدع التسمية على غير ذلك عمداً قال يأكل الشاة التي سمي عليها ولا يأكل ماسوى ذلك لما بينا ولو اضجع شاة ليذبحها وسمى عليها ثم أتى السكين وأخذ سكيناً آخر فذبح به يؤكل لان التسمية في الذكاة الاختيارية تقع على المذبوح لا على الآلة والمذبوح واحد فلا يعتبر اختلاف الآلة بخلاف ما اذا سمي على سهم ثم رمى بغيره انه لا يؤكل لان التسمية في الذكاة الاضطرارية تقع على السهم لا على الرمي اليه وقد اختلف السهم فالتسمية على أحدهما لا تكون تسمية على الآخر ولو اضجع شاة ليذبحها وسمى عليها فكله انسان فأجابه وأستقى ماء فشرب أو أخذ السكين فان كان قليلاً ولم يكثر ذلك منه ثم ذبح على تلك التسمية يؤكل وان تحدث وأطال الحديث أو أخذ في عمل آخر أو حدث شفرته أو كانت الشاة قائمة فصرعها ثم ذبح لا يؤكل لان زمان ما بين التسمية والذبح اذا كان يسيراً لا يعتد به لانه لا يمكن التحرز عنه فيلحق بالعدم ويجعل كانه سمي مع الذبح واذا كان طويلاً يقع فاصلاً بين التسمية والذبح فيصير كانه سمي في يوم وذبح في يوم آخر فلم توجد التسمية عند الذبح متصلة به ولو سمي ثم اقبلت الشاة وقامت من مضجعها ثم أعادها الى مضجعها فقد قطعت التسمية وعلى هذا يخرج ما اذا رمى صيداً ولم يسم متعمداً ثم سمي بعد ذلك أو أرسل كلباً وترك التسمية متعمداً فلما مضى الكلب في تبع الصيد سمي أنه لا يؤكل لان التسمية لم توجد وقت الرمي والارسال وكذا لو مضى الكلب الى الصيد فزجره وسمى وانزجر بزجره انه لا يؤكل أيضاً وفرق بين هذا وبين ما اذا تبع الكلب الصيد بنفسه من غير أن يرسله أحد ثم زجره مسلم انه ان زجر بزجره فأخذ الصيد فقتله يؤكل وان لم يزجر لا يؤكل (ووجه) الفرق نذكره بعد هذا ان شاء الله تعالى ولو رمى أو أرسل وهو مسلم ثم ارتد أو كان حلالاً فأحرم قبل الاصابة وأخذ الصيد يحل ولو كان مرتداً أسلم وسمى لا يحل لان المعتبر وقت الرمي

والارسل كما ينافقوا عى الاهلية عند ذلك وعلى هذا الاصل يبنى شرط تعيين المحل بالتسمية في الذكاة الاختيارية وهو بيان القسم الثاني من الشرائط التي تخص أحد النوعين دون الآخر وهى أنواع يرجع بعضها الى المذكى وبعضها يرجع الى محل الذكاة وبعضها يرجع الى آلة الذكاة أما الذى يرجع الى المذكى فهو أن يكون حلالاً وهذا في الذكاة الاضطرارية دون الاختيارية حتى ان المحرم اذا قتل صيد البر وسمى لا يؤكل لانه ممنوع عن قتل الصيد لحق الاحرام لقوله تبارك وتعالى يا أيها الذين آمنوا لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم أى وأنتم محرمون وقوله جل شأنه أحلت لكم بهيمة الانعام الا ما يتلى عليكم غير محلى الصيد وأنتم حرم معناه والله سبحانه وتعالى أعلم أحلت لكم بهيمة الانعام والصيد الا ما يتلى عليكم من الميتة والدم ولحم الخنزير الى آخره غير محلى الصيد وأنتم حرم لانه استثنى سبحانه وتعالى الصيد بقوله تبارك وتعالى وعلى غير محلى الصيد وانما يستثنى الشئ من الجملة المذكورة فجعل مذكوره رابطاً بيق الاضمار والاستثناء من الاباحة تحريم فكان اصطياد المحرم محرماً فكان صيده ميتة كصيد الجوسى سواء اصطاد بنفسه أو اصطيد له بأمره لان ما صيده بأمره فهو صيده معنى وتحل ذبيحة المستأنس لان التحريم يخص بالصيد فبقية غيره على عموم الاباحة ويحل له صيد البحر لقوله تبارك وتعالى أحل لكم صيد البحر وطعامه وقد مر ذلك وأما الذى يرجع الى محل الذكاة فمنها تعيين المحل بالتسمية في الذكاة الاختيارية ولا يشترط ذلك في الذكاة الاضطرارية وهى الرمي والارسل الى الصيد لان الشرط في الذكاة الاختيارية بذكرا اسم الله تبارك وتعالى على الذبيح لما تلونان الايات ولا يتحقق ذلك الابتعين الذبيح بالتسمية ولان ذكر الله تبارك وتعالى لما كان واجباً فلا بد وأن يكون مقدوراً والتعيين في الصيد ليس بمقدور لان الصائد قد يرمى ويرسل على قطيع من الصيد وقد يرمى ويرسل على حس الصيد فلا يكون التعيين واجباً والمستأنس مقدور فيكون واجباً وعلى هذا يخرج ما اذا ذبح شاة وسمى ثم ذبح شاة أخرى يظن ان التسمية الاولى تجزى عنهما لم تؤكل ولا بد من أن يجد لكل ذبيحة تسمية على حدة ولورى سهماً يقتل به من الصيدين اثنين لا بأس بذلك وكذلك لو أرسل كلباً أو باز يوسمى فقتل من الصيدين اثنين فلا بأس بذلك لان التسمية تجب عند الفعل وهو الذبح فاذا تجدد الفعل تجدد التسمية فأما الرمي والارسل فهو فعل واحد وان كان يتعدى الى مفعولين فتجزى فيه تسمية واحدة وو زان الصيد من المستأنس ما لو أضحج شاتين وأمر السكين عليهما معاً انه تجزى في ذلك تسمية واحدة كما في الصيد فان قيل هل جعل ظنه ان التسمية على الشاة الاولى تجزى عن الثانية عذراً كنسيان التسمية فالجواب ان هذا ليس من باب النسيان بل من الجهل بحكم الشرع والجهل بحكم الشرع ليس بعذر والنسيان عذر ألا ترى ان من ظن أن الاكل لا يفطر الصائم فأكل بطل صومه ولو أكل ناسياً لا يبطل فان نظر الى جماعة من الصيدين فرمى بسهم وسمى وتعمدها ولم يتعمد واحداً بعينه فأصاب منها صيداً فقتله لا بأس بأكله وكذلك الكلب والبازي ولو أن رجلاً نظر الى غنمه فقال بسم الله ثم أخذ واحدة فأضجعها وذبحها وترك التسمية عامداً وظن ان تلك التسمية تجزى به لا تؤكل لانه لم يسم عند الذبح والشرط هو التسمية على الذبيحة وذلك بالتسمية عند الذبح نفسه لا عند النظر وتعيين الذبيحة مقدور فيمكن أن يجعل شرطاً وتعيين الصيد بالرمي والارسل متعذراً ينافى يمكن أن يجعل شرطاً ولورى صيداً بعينه أو أرسل الكلب أو البازي على صيد بعينه فأخطأ فأصاب غيره يؤكل وكذا لورى ظيياً فأصاب طيراً أو أرسل على ظيى فأخذ طيراً لان التعيين في الصيد ليس بشرط (ومنها) قيام أصل الحياة في المستأنس وقت الذبح قلت أو كثرت في قول أبى حنيفة رحمه الله وعند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله لا يكتفى بقيام أصل الحياة بل تعتبر حياة مقدورة كالشاة المريضة والوقيدة والنطيحة وجرح السبع اذا لم يبق فيها الحياة قليلة عرف ذلك بالصياح أو بتحرريك الذنب أو طرف العين أو التنفس وأما جرح الدم فلا يدل على الحياة الا اذا كان يخرج كما يخرج من الحى المطلق فاذا ذبحها وفيها قليل حياة على الوجه الذى ذكرنا تؤكل عند أبى حنيفة رضى الله عنه وعن أبى يوسف وايتان في ظاهر الرواية عنه انه ان كان يعلم انها لا تعيش مع ذلك فذبحها لا تؤكل وان كان

يعلم أنها تعيش مع ذلك فذبحها تؤكل وفي رواية قال إن كان لها من الحياة مقدار ما تعيش به أكثر من نصف يوم فذبحها
تؤكل والا فلا وقال محمد رحمه الله إن كان لم يبق من حياتها الا قدر حياة المذبح بعد الذبح أو أقل فذبحها لا تؤكل وإن
كان أكثر من ذلك تؤكل وذكر الطحاوي قول محمد مفسراً فقال إن على قول محمد أن لم يبق معها الا الاضطراب
الموت فذبحها فانها لا تحل وإن كانت تعيش مدة كالיום أو كنصفه حلت (وجهه) قولهما أنه إذا لم يكن لها حياة
مستقرة على الوجه الذي ذكرنا كانت ميتة معنى فلا تلحقها الذكاة كالميتة حقيقة ولا يبي حنيفة رضي الله عنه قوله
تعالى حرمت عليكم الميتة الى قوله تعالى والمنخنقة والموقوذة والمتردية والنطيحة وما أكل السبع الا ما ذكركم استثنى
سبحانه وتعالى المذكي من الجملة المحرمة والاستثناء من التحريم اباحة وهذه ذكاة لوجود فري الا وادج مع قيام
الحياة فدخلت تحت النص وأما الصيد اذا جرحه السهم أو الكب فأدر كصاحبه حياً فان ذكاه يؤكل بلا خلاف
بين أصحابنا كيف ما كان سواء كانت فيه حياة مستقرة أو لم تكن وخرج الجرح من أن يكون ذكاة في حقه وصار
ذكاة الذبح في الحياة المستقرة ذكاة مطلقة فيدخل تحت النص وإن لم يكن فيه حياة مستقرة فعلى أصل أبي حنيفة رحمه
الله ذكاة الذبح وقد وجد لوجود أصل الحياة فصار مذكي وعلى أصلهما لا حاجة الى الذبح لانه صار مذكي بالجرح
فالذبح بعد ذلك لا يضرب إن كان لا ينفع وإن لم يذك وهو قادر على ذبحه فتركه حتى مات فإن كانت فيه حياة مستقرة
لا يؤكل لأن ذكاته تحولت من الجرح الى الذبح فاذا لم يذبح كان ميتة وإن كانت حياته غير مستقرة يؤكل عند أبي حنيفة
رضي الله عنه وإن قلت من غير ذكاة بخلاف المستأنس عنده والفرق له إن الرمي والارسال اذا اتصل به الجرح كان
ذكاة في الصيد فلا تعتبر هذه الحياة بعد وجود الذكاة ولم تقوم ذكاة في المستأنس فلا بد من اعتبار هذا القدر من الحياة
لتحقق الذكاة وأما عندهما فكذلك لكن على اختلاف تفسيرهما للحياة المستقرة وغير المستقرة على ما ذكرنا في
المستأنس من هكذا ذكر عامة المشايخ رحمهم الله وذكر الجصاص رحمه الله وقال يجب أن يكون قول أبي حنيفة رحمه الله
في الصيد مثل قوله في المستأنس على أن قوله يجب الذبح في جميع الاحوال لا يحل بدونه سواء كانت الحياة مستقرة
أو غير مستقرة وقد ذكرنا وجه الفرق له على قول عامة المشايخ رحمهم الله وإن مات قبل أن يقدر على ذبحه لضيق الوقت
أو لعدم آلة الذكاة ذكر القدرى عليه الرحمة أنه لا يؤكل عندنا وعند محمد بن شعاع البلخي ومحمد بن مقاتل الرازي
رحمهما الله يؤكل استحساناً أشار الى أن القول بالحرمه قياس ومن مشايخنا رحمهم الله من جعل جواب الاستحسان
مذهبناً أيضاً وتركوا القياس (وجهه) القياس انه لما ثبت يده عليه فقد خرج من أن يكون صيد الزوال معنى الصيد
وهو التوحش والامتناع فيزول الحكم المختص بالصيد وهو اعتبار الجرح ذكاة وصار كالشاة اذا مرضت وماتت
في وقت لا يتسع لذبحها انما لا تؤكل كذا هذا (وجهه) الاستحسان ان الذبح هو الاصل في الذكاة وانما يقيم الجرح
مقامه خلفاً عنه وقد وجد شرط بخلافه وهو العجز عن الاصل فيقام الخلف مقامه كافي سائر الا خلاف مع أصولها
وقال أصحابنا رحمهم الله لو جرحه السهم أو الكب فأدر كذا لكن لم يأخذه حتى مات فإن كان في وقت لو أخذه
يمكنه ذبحه فلم يأخذه حتى مات لم يؤكل لأن الذبح صار مقدوراً عليه فخروج الجرح من أن يكون ذكاة وإن كان
لا يمكنه ذبحه أكل لانه اذا لم يأخذه ولا يتمكن من ذبحه لو أخذه بقي ذكاته الجرح السابق ودلت هذه المسألة على أن
جواب الاستحسان في المسألة المتقدمة مذهب أصحابنا جميعاً لانه لا فرق بين المسألتين سوى أن هناك أخذوهما
لم يأخذ وما يصنع بالاخذ اذا لم يقدر على ذكاته وجواب القياس عن هذا ان حقيقة القدرة والتمكن لا عبرة به لان
الناس مختلفون في ذلك فان منهم من يتمكن من الذبح في زمان قليل لهدايتته في ذلك ومنهم من لا يتمكن الا في زمان
طويل لقلة هدايته فيه فلا يمكن بناء الحكم على حقيقة القدرة والتمكن فيقام السبب الظاهر وهو ثبوت اليد مقامها كافي
السفر مع المشقة وغير ذلك وذكر ابن سماعه في نوادره رحمه الله عن أبي يوسف لو أن رجلاً قطع شاة نصفين ثم أن رجلاً
فري أو داجها والرأس يتحرك أو شق بطنها فأخرج ما في جوفها وفري رجل آخر الا وادج فان هذا لا يؤكل لأن

الاول قاتل وذكر القدوري رحمه الله ان هذا على وجهين ان كانت الضربة ممسلي العجز لم تؤكل الشاة وان كانت ممسلي الرأس أكلت لان العروق المشروطة في الذبح متصلة من القاب الى الدماغ فاذا كانت الضربة ممسلي الرأس فقد قطعها فقلت وان كانت ممسلي العجز فلم يقطعها فلم يحل وأما خروج الدم بعد الذبح فيما لا يحل الا بالذبح فهل هو من شرائط الحل فلا راية فيه واختلف المشايخ على ما ذكرنا فيما تقدم وكذا التجرك بعد الذبح هل هو شرط ثبوت الحل فلا راية فيه أيضاً عن أصحابنا وذكر في بعض الفتاوى انه لا بد من أحد شيئين اما التحرك واما خروج الدم فان لم يوجد لا يحل كأنه جعل وجود أحدهما بعد الذبح علامة للحياة وقت الذبح فاذا لم يوجد لم تعلم حياته وقت الذبح فلا يحل وقال بعضهم ان علم حياته وقت الذبح بغير التحرك يحل وان لم يتحرك بعد الذبح ولا يخرج منه الدم والله أعلم (ومنها) ما يخص الذكاة الاضطرارية وهو أن لا يكون صيد الحرم فان كان لا يؤكل ويكون ميتة سواء كان المذكي محرماً أو حلالاً لان التعرض لصيد الحرم بالقتل والدلالة والاشارة محرم حقاً لله تعالى قال الله تعالى أولم يروا أنا جعلنا حرماً آمناً ويخطف الناس من حوهم وقال النبي عليه الصلاة والسلام في صفة الحرم ولا ينفر صيده والفعل في الحرم شرعاً لا يكون ذكاة وسواء كان مولده الحرم أو دخل من الحل اليه لانه يضاف الى الحرم في الحالين فيكون صيد الحرم وأما الذي يرجع الى آلة الذكاة (فنها) أن يكون ما يصطاد به من الجوارح من الحيوانات من ذى الناب من السباع وذى الخلب من الطير معلماً لقوله تعالى وما علمتم من الجوارح معطوفاً على قوله سبحانه وتعالى يستلونها ماذا أحل لهم قل أحل لكم الطيبات أى أحل لكم الطيبات وأحل لكم ما علمتم من الجوارح أى الاصطياد بما علمتم من الجوارح كانهم سألوا النبي عليه الصلاة والسلام عما يحل لهم الاصطياد به من الجوارح أيضاً مع ما ذكر في بعض القصص أن النبي عليه الصلاة والسلام لما أمر بقتل الكلاب أناه ناس فقالوا ماذا يحل لنا من هذه الامة التي أمرت بقتلها فنزل قوله تعالى جل شأنه يستلونها الآية ففي الآية الكريمة اعتبار الشرطين وهما الجرح والتعليم حيث قال عز شأنه وما علمتم من الجوارح لان الجوارح هي التي تجرح مأخوذة من الجرح وقيل الجوارح الكواكب قال الله عز شأنه ويعلم ما جرحتم بالنهار أى كسبتم والحمل على الاول أولى لانه حمل على المعنيين لانها بالجراحة تكسب وقوله تعالى مكابين قرى بالغض والنصب وقيل بالغض صاحب الكلب يقال كلاب ومكعب والنصب الكلب المعلم وقيل المكابين بالغض الكلاب التي يكالبن الصيد أى يأخذنه عن شدة فالكلب هو الاخذ عن شدة ومنه الكلوب للآلة التي يؤخذ بها الحديد وقوله جل عظمته تعلمون أى تعلمون من لم يسكن الصيد لكم ولا يأكل منه وهذا احد التعليم في الكلب عندنا على ما ذكره ان شاء الله تعالى فدلّت الآية الكريمة على أن كون الكلب معلماً شرط لا باحة أكل صيده فلا يباح أكل صيد غير المعلم واذا ثبت هذا الشرط في الكلب بالنص ثبت في كل ما هو في معناه من كل ذى ناب من السباع كالفهد وغيره مما يحتمل التعلم بدلالة النص لان فعل الكلب انما يضاف الى المرسل بالتعليم اذ المعلم هو الذي يعمل لصاحبه فيأخذ لصاحبه ويمسك على صاحبه فكان فعله مضافاً الى صاحبه فأما غير المعلم فاما يعمل لنفسه لا لصاحبه فكان فعله مضافاً اليه لا الى المرسل لذلك شرط كونه معلماً لا بد من معرفة حد التعليم في الجوارح من ذى الناب كالكلب ونحوه وذى الخالب كالبازي ونحوه أما تعليم الكلب فهو انه اذا أرسل اتبع الصيد واذا أخذه أمسكه على صاحبه ولا يأكل منه شيئاً وهذا قول عامة العلماء وقال مالك رحمه الله تعالى انه ان يتبع الصيد اذا أرسل ويحجب اذا دعى وهو أحد قول الشافعي رحمه الله حتى لو أخذ صيداً فأكل منه لا يؤكل كل عندنا وعنده يؤكل (وجه) قوله ان كونه معلماً انما شرط للاصطياد فيعتبر حاله الاصطياد وهي حالة الاتباع فأما الامساك على صاحبه وتركه الا كل يكون بعد الفراغ عن الاصطياد فلا يعتبر في الحد ولنا الكتاب والسنة والمعقول أما الكتاب فقوله عز وجل تعلمون مما علمكم الله فكلوا مما أمسكن عليكم في الآية الكريمة اشارة الى أن حد تعليم الكلب وما هو في معناه ما قلنا وهو الامساك على صاحبه وتركه الا كل منه لانه شرط التعليم ثم أباح أكل ما أمسك علينا فكان هذا اشارة الى أن

التعليم هو أن يمسك علينا الصيد ولا يأكل منه يقرر ان الله تعالى انما أباح أكل صيد المعلم من الجوارح الممسك على صاحبه ولو لم يكن ترك الأكل من حد التعليم وكان مأكل منه حلالا لاستوى فيه المعلم وغير المعلم والممسك على صاحبه وعلى نفسه لأن كل كلب يطلب الصيد ويمسه لنفسه حتى يموت أن أرسلت عليه واغريته الأكل المعلم وأما السنة فياروى عن عدي بن حاتم الطائي أنه قال قلت يا رسول الله انما قوم نصييد بهذه الكلاب والبزاة فما يحل لنا منها فقال عليه الصلاة والسلام يحل لكم ما علمتم من الجوارح مكبلين تعلمون من ما علمكم الله فكلوا مما أمسكن عليكم مما علمتموه من كلب أو باز أو ذكركم اسم الله عليه قلت فان قتل قال عليه الصلاة والسلام اذا قتله ولم يأكل منه فكل فاما أمسك عليك وان أكل فلا تأكل فاما أمسك على نفسه فقلت يا رسول الله رأيت أن خالط كلابنا كلاب أخرى قال عليه الصلاة والسلام ان خالطت كلابك كلاب أخرى فلا تأكل فانك انما ذكرت اسم الله تعالى على كلبك ولم تذكره على كلب غيرك وعن ابن عباس رضي الله عنهما انه قال اذا أكل الكلب من الصيد فليس بمسك وعنه أيضا انه قال اذا أكل الكلب فلا تأكل واذا أكل الصقر فكل لأن الكلب يستطيع أن تضربه والصقر لا وعن ابن سيدنا عمر رضي الله عنهما أنه قال اذا أكل الكلب من الصيد فلا تأكل واضربه وأما الممسك فم وجهين أحدهما أن أخذ الصيد وقتله مضاف الى المرسل وانما الكلب آلة الأخذ والقتل وانما يكون مضافا اليه اذا أمسك لصاحبه لا لنفسه لأن العامل لنفسه يكون عمله مضافا اليه لا الى غيره والامساك على صاحبه أن يترك الأكل منه وهو وحده التعليم والثاني أن تعليم الكلب ونحوه هو تبديل طبعه وفطامه عن العادة المألوفة ولا يتحقق ذلك الا بالامساك الصيد لصاحبه وترك الأكل منه لأن الكلب ونحوه من السباع من طباعهم انهم اذا أخذوا الصيد فاما يأخذونه لا تقسم ولا يصبرون على أن لا يتناولوا منه فاذا أخذوا واحد منهم الصيد ولم يتناولوا منه دل انه ترك عادته حيث أمسك لصاحبه ولم يأكل منه فاذا أكل منه دل انه على عادته سواء اتبع الصيد اذا أغرى واستجاب اذا دعى أولا لأنه ألوف في الاصل يجب اذا دعى ويتبع اذا أغرى فلا يصلح ذلك دليلا على تعليمه فثبت أن معنى التعليم لا يتحقق الا بما قلنا وهو أن يمسك الصيد على صاحبه ولا يأكل منه ثم في ظاهر الرواية عن أبي حنيفة رضي الله عنه لا توقيت في تعليمه انه اذا أخذ صيدا ولم يأكل منه هل يصير معلما أم يحتاج فيه الى التكرار وكان يقول اذا كان معلما فكل كذا ذكر في الاصل وهكذا روى بشر بن الوليد رحمه الله عن أبي يوسف قال سألت أبا حنيفة رحمه الله ما حد تعليم الكلب قال ان يقول أهل العلم بذلك انه مسلم وذكر الحسن بن زياد في المجرد عن أبي حنيفة رحمه الله أنه قال لا يأكل ما يصيد ولا ولا الثاني ولو أكل الثالث وما بعده وأبو يوسف ومحمد رحمه الله قد راها بالثلاث فقال اذا أخذ صيدا فلم يأكل ثم صاد ثانيا فلم يأكل ثم صاد ثالثا فلم يأكل فهذا معلما فأبو حنيفة رضي الله عنه على الرواية المشهورة عنه انما رجع في ذلك الى أهل الصناعة ولم يقدر فيه تقدير الأكل حال الكلب في الامساك وترك الأكل يختلف فقد يمسك للتعليم وقد يمسك للشبع فقوض ذلك الى أهل العلم بذلك وعلى الرواية الاخرى جعل أصل التكرار دالة على التعلم لأن الشبع لا يتفق في كل مرة فدل تكرار التزم على التعليم وأبو يوسف ومحمد رحمه الله قد راها بالثلاث مرات لما أن الثلاث موضوعة لبدء الاغذار أصله قضية سيدنا موسى عليه وعلى نبينا أفضل الصلاة والسلام مع العبد الصالح حيث قال له في المرة الثالثة ان سألتك على شيء بعدها فلا تصاحبني قد بلغت من لدني عذرا وروى عن سيدنا عمر رضي الله عنه أنه قال من اتجبر في شيء ثلاث مرات فلم يرج فلينتقل الى غيره ثم اذا صار معلما في الظاهر على اختلاف الاقاويل وصاد به صاحبه ثم أكل بعد ذلك فاصاد قبل ذلك لا يؤكل شيء منه ان كان باقيا في قول أبي حنيفة رحمه الله وعند أبي يوسف ومحمد رحمه الله يؤكل كله (وجه) قوله ان أكل الكلب يحتمل أن يكون لعدم التعلم ويحتمل أن يكون مع التعلم لقرط الجوع ويحتمل أن يكون للنسيان لأن المعلم قد ينسى فلا يحرم ما تقدم من الصيد بالشك والاحتمال ولا في حنيفة رحمه الله ان علامة التعلم لما كانت ترك الأكل فاذا أكل بعد ذلك علم انه لم يكن معلما وان امساكه لم يكن لصيرورته معلما بل

لشعبة في الحال اذ غير المعلم قد يمسك بشعبة للحال الى وقت الحاجة فاستد لنا بأكله بعد ذلك على ان امساكه في الوقت الذي قبله كان على غير حقيقة التعليم أو يحتمل ذلك فلا تخل مع الاحتمال احتياطا ومن المشايخ من حمل جواب أبي حنيفة رحمه الله على ما اذا كان زمان الاكل قريباً من زمان التعليم لانه اذا كان كذلك فلا كل يدل على عدم التعلم وانه انما ترك الاكل فيما تقدم للشعب لا للتعليم لان المدة القصيرة لا تتحمل النسيان في مثلها فاذا طالت المدة فيجوز أن يقال انه يؤكل ما بقي من الصيد المتقدمه لانه يحتمل أن يكون الاكل للنسيان لاعدام التعلم لوجود مدة لا يندر النسيان في مثلها الا أن ظاهر الرواية عنه مطلق عن هذا التفصيل واطلاق الرواية يقتضي أنه لا يؤكل على كل حال والوجه ما ذكرنا وأما قولهم ان النسيان لا يندر عند طول المدة فنقول من تعلم حرفه بتمامها وكما لها للظاهر انه لا ينساها بالكية وان طال مدة عدم الاستعمال لكن ربما يدخلها خال كصناعة الكتابة والخياطة والرمي اذ اتركها صاحبها مدة طويلة فلما أكل وحرفته ترك الاكل دل انه لم يكن تعلم الحرفة من الاصل وانه انما لم يأكل قبل ذلك لا للتعليم بل لشعبة في الحال فلا تخل صيوده المتقدمة وأما في المستقبل فلا يحل صيده الا بتعليم مستأنف بلا خلاف فأما على قول أبي حنيفة رضي الله عنه فلانه تبين بالاكل انه لم يكن معلماً وان ترك الاكل لم يكن للتعليم بل لشعبة للحال وأما على قولهما فلا نه يحتمل أن يكون لم يتعلم كما قال أبو حنيفة رحمه الله ويحتمل انه نسي وكيف ما كان لا يحل صيده في المستقبل الا بتعليم مبتدأ أو تعليمه في الثاني بما به تعليمه في الاول وقد ذكرنا الاختلاف فيه ولو جرح الكلب الصيد وولغ في دمه يؤكل لانه قد أمسك الصيد على صاحبه وانما لو ولغ في أمسك على صاحبه لكان لا يأكله صاحبه وذلك من غاية تعلمه حيث تناول الخبيث وأمسك الطيب على صاحبه وذكر في الاصل في رجل أرسل كلبه على صيد وهو معلم فأخذ صيداً فقتله وأكل منه ثم اتبع آخر فقتله ولم يأكل منه قال لا يؤكل واحد منهما لانه لما أكل دل على عدم التعلم أو على النسيان فلا يحل صيده بعد ذلك فان أخذ الكلب المعلم صيداً فأخذه منه صاحبه وأخذ صاحب الكلب من الصيد قطعة فالتقاها الى الكلب فأكلها الكلب فهو على تعلمه لان ترك الاكل انما يعتبر حال أخذه الصيد فأكله باطعام صاحبه بعد الاخذ لا يقدح في التعلم مع ما ان من عادة الصائد بالكل انما اذا أخذ الكلب الصيد أن يطعمه من لحمه ترغيباً له على الصيد فلا يكون أكله باطعامه دليلاً على عدم التعلم وكذلك لو كان صاحب الكلب أخذ الصيد من الكلب ثم وثب الكلب على الصيد فأخذه منه قطعة فأكلها وهو في يد صاحبه فانه على تعلمه لان الاكل بعد ثبوت يد الاكل على عليه بمنزلة الاكل من غيره فلا يقدح في التعليم وكذلك قالوا لو سرق الكلب من الصيد بعد دفعه الى صاحبه لانه انما يفعل ذلك للجوع لان هذا الاكل لم يدخل في التعليم وان أرسل الكلب المعلم على صيد فتبعه فنهشه فقتل منه قطعة فأكلها ثم أخذ الصيد بعد ذلك فقتله ولم يأكل منه شيئاً لا يؤكل لان الاكل منه في حال الاصطياد دليل على عدم التعلم فان نهشه فالتقى منه بضعة والصيد حتى ثم اتبع الصيد بعد ذلك فأخذه فقتله ولم يأكل منه شيئاً يؤكل لانه لم يوجد منه ما يدل على عدم التعليم لانه انما قطع قطعة منه ليخذه فيتوصل به الى أخذه فكان بمنزلة الجرح وان أخذ صاحب الكلب الصيد من الكلب بعد ما قطعه ثم رجع الكلب بعد ذلك فرب تلك القطعة فأكلها يؤكل صيده لانه لو أكل من نفس الصيد في هذه الحالة لا يضر فاذا أكل مما بان منه أولى وان اتبع الصيد فنهشه فأخذه منه بضعة فأكلها وهو حي فالتقت الصيد منه ثم أخذ الكلب صيداً آخر في فوره فقتله ولم يأكل منه ذكر في الاصل وقال أكره أكله لان الاكل في حالة الاصطياد يدل على عدم التعليم فلا يؤكل ما اصطاده بعده والله تعالى عز شأنه أعلم وأما تعليم ذى الخالب كالبازي او نحوه فهو ان يحبس صاحبه اذا دعاه ولا يشترط فيه الامساك على صاحبه حتى لو أخذ الصيد فأكل منه فلا بأس بأكل صيده بخلاف الكلب ونحوه والفرق من وجوه أحدها ان التعلم يترك العادة والطبع والبازي من عادته التوحش من الناس والتنفّر منهم بطبعه فالتقه بالناس واجابته صاحبه اذا دعاه فكيف دليل على تعلمه بخلاف الكلب فانه ألوف بطبعه يألف بالناس ولا يتوحش منهم فلا يكفي هذا القدر دليل التعلم في حقّه فلا بد من زيادة أمر وهو ترك

الاكل والثاني ان البازي انما يعلم بالاكل فلا يحتمل أن يخرج بالاكل عن حد التعلم بخلاف الكلب والثالث ان الكلب يمكن تعليمه بترك الاكل بالضرب لان جنته تتحمل الضرب والبازي لان جنته لا تتحمل وقد روى عن سيدنا علي وابن عباس وسلمان الفارسي رضي الله عنهم انهم قالوا اذا أكل الصقر فكل وان أكل الكلب فلا تأكل ومنها الا رسال او الزجر عند عدمه على وجه يزجر بالزجر فيما يحتمل ذلك وهو الكلب وما في معناه حتى لو رسل بنفسه ولم يزجره صاحبه فيما يزجر بالزجر لا يحل صيده الذي قتله لان الا رسال في صيدا لجوارح أصل ليكون القتل والجرح مضافا الى المرسل الا أن عند عدمه يقام الزجر مقام الانزجار فيما يحتمل قيام ذلك مقامه فاذا لم يوجد فلا تثبت الاضافة فلا يحل ولو أرسل مسلم كلبه وسمى فزجره بجوسي فانزجر يؤكل صيده ولو أرسل مجوسي كلبه فزجره مسلم فانزجر لا يؤكل صيده وكذلك لو أرسل مسلم كلبه وترك التسمية عمد فاتبع الصيد ثم زجره فانزجر لا يؤكل صيده ولو لم يرسله أحد وانبعث بنفسه فاتبع الصيد فزجره مسلم وسمى فانزجر يؤكل صيده وان لم يزجر لا يؤكل كل وانما كان كذلك لان الا رسال هو الاصل والزجر كالحلف عنه والحلف يعتبر حال عدم الاصل لا حال وجوده ففي المسائل الثلاث وجد الاصل فلا يعتبر الحلف الا أن في المسئلة الاولى المرسل من أهل الا رسال فيؤكل صيده وفي المسئلة الثانية فلا يؤكل وفي المسئلة الرابعة لم يوجد الاصل فيعتبر الحلف فيؤكل صيده ان زجر وان لم يزجر لا يؤكل لان الزجر بدون الانزجار لا يصح خلقا عن الا رسال فكان ملحقا بعدم فيصير كأنه يرسل بنفسه من غير ارسال ولا زجر ولو أرسله مسلم وسمى وزجره رجل ولم يسم على زجره فأخذ الصيد وقتله يؤكل لما ذكرنا ان العبرة للا رسال فيعتبر وجود التسمية عنده وأصل آخر لخروج هذه المسائل ما ذكره بعض مشايخنا ان الدلالة لا تعتبر اذا وجد الصريح واذا لم يوجد تعتبر في المسائل الثلاث وجد من الكلب صريح الطاعة بالا رسال حيث عد ابارسالة وانزجاره طاعة للزجر بطريق الدلالة فلا يعتبر في مقابلة الصريح وفي المسئلة الرابعة لم يوجد الصريح فاعتبرت الدلالة وعلى هذا يخرج بقية المسائل ومنها بقاء الا رسال وهو أن يكون أخذ الكلب أو البازي الصيد في حال فو الا رسال لا في حال اقطاعه حتى لو أرسل الكلب أو البازي على صيد وسمى فأخذ صيدا أو قتله ثم أخذ آخر على فوره ذلك وقتله ثم وثم يؤكل ذلك كله لان الا رسال لم ينقطع فكان الثاني كالاول مع ما بينا ان التعيين ليس بشرط في الصيد لانه لا يمكن فكان أخذ الكلب أو البازي الصيد في فور الا رسال كوقوع السهم بصيدين فان أخذ صيدا وجثم عليه طويلا ثم مر به آخر فأخذه وقتله لم يؤكل الا بارسال مستقبل أو زجره وتسمية على وجه يزجر فيما يحتمل الزجر لبطلان الفور وكذلك ان أرسل كلبه أو بازه على صيد فعدل عن الصيد بمنة أو يسرة وتشاغل بغير طلب الصيد وفتر عن سننه ذلك ثم تبع صيدا آخر فأخذه وقتله لا يؤكل الا بارسال مستأنف أو أن يزجره صاحبه ويسمى فيزجر فيما يحتمل الزجر لانه لما تشاغل بغير طلب الصيد فقد انقطع حكم الا رسال فاذا صاد صيدا بعد ذلك فقد رسل بنفسه فلا يحل صيده الا أن يزجره صاحبه فيما يحتمل الزجر لما بينا وان كان الذي أرسل فهدا والعهد اذا أرسل كمن ولا يتبع حتى يستمكن فيمكث ساعة ثم يأخذ الصيد فيقتله فانه يؤكل وكذلك الكلب اذا أرسل فصنع كما يصنع القهد فلا بأس بأكل ما صاد لان حكم الا رسال لم ينقطع بالكون لانه انما يمكن لیتمكن من الصيد فكان ذلك من أسباب الاصطياد ووسيلة اليه فلا ينقطع به حكم الا رسال كالوثوب والعدو وكذلك البازي اذا أرسل فسقط على شيء ثم طار فأخذ الصيد فانه يؤكل لانه انما يسقط على شيء لیتمكن من الصيد فكان سقوطه بمنزلة كون القهد وكذلك الرامي اذا رمى صيدا بسهم فاصابه في سننه ذلك ووجهه كل لانه اذا مضى في سننه فلم ينقطع حكم الرمي فكان ذهابه بقوة الرامي فكان قتله مضافا اليه فيدخل فان اصاب واحدا ثم نفذ الى آخر وآخر الكل لما قلنا مع ما أن تعين الصيد ليس بشرط فان ألمت الرمح السهم الى ناحية أخرى مينا أو شمالا فاصاب صيدا آخر لم يؤكل لان السهم اذا تحول عن سننه فقد انقطع حكم الرمي فصارت الاصابة بغير فعل الرامي فلا يحل كما لو كان على جبل سيف فالقته الرمح على صيد فقتله لانه

لا يؤكل كذا هذا فان لم ترده الرمح عن وجهه ذلك أكل الصيد لانه اذا مضى في وجهه كان مضيه بقوة الرمي وانما
الرمح اعانتته ومعونة الرمح السهم مما لا يمكن الاحتراز عنه فكان ملحقا بالعدم فان أصابت الرمح السهم وهي رمح
شديدة فدفقته لكنه لم يتغير عن وجهه فأصاب السهم الصيد فانه يؤكل لانه مضى في وجهه ومعونة الرمح اذا لم تعدل
السهم عن وجهه لا يمكن الصحر عنه فلا يعتبر ولو أصاب السهم حائطاً أو صخرة فرجع فأصاب صيداً فانه لا يؤكل لان
فعل الرمي اقطع وصارت الاصابة في غير جهة الرمي فان مر السهم بين الشجر فجعل يصيب الشجر في ذلك الوجه
لكن السهم على سننه فأصاب صيداً فقتله فانه يؤكل فان رده شيء من الشجر بمنة أو يسرة لا يؤكل لما بينا فان مر
السهم فحجسته حائط وهو على سننه ذلك فأصاب صيداً فقتله أكل لان فعل الرمي لم يقطع وانما أصاب السهم الصيد
والحائط وذلك لا يمنع الحل وروى عن أبي يوسف رحمه الله ان حكم الارسل لا يقطع بالتغير عن سننه يميناً وشمالاً
الا اذا رجع من ورانه ولو أن رجلاً رمى بسهم وسمى ثم رمى رجلاً آخر بسهم وسمى فأصاب السهم الاول السهم
الثاني قبل أن يصيب الصيد فرده عن وجهه ذلك فأصاب صيداً فقتله فانه لا يؤكل لانه لم يرد السهم الثاني عن سننه
اقطع حكم الرمي فلا يتعلق به الحل قال القدوري وهذا محمول على أن الرامي الثاني لم يقصد الا اصطيداً لان القتل
حصل بفعله وهو لم يقصد الا اصطيداً فلا يحل فاما اذا كان الثاني رمى للاصطياد فيحل أكل الصيد وهو الثاني لانه مات
بفعله وان لم يقصده بالرمي وتعين المرمى اليه ليس بشرط ولو أن رجلين رمى كل واحد منهما صيداً بسهم فأصابا الصيد
جميعاً وقمت الرميان بالصيد مغايرات فانه لهما يؤكل (أما حل الاكل فظاهر) (وأما كون الصيد لهما فلا ينهما
اشتركا في سبب الاستحقاق وتساويا فيه فيتساويان في الاستحقاق فان أصابه سهم الاول فوقده ثم أصابه سهم
الآخر فقتله قال أبو يوسف رحمه الله يؤكل والصيد للاول وقال زفر رحمه الله لا يؤكل وهذا فرع اختلافهم في أن
المعتبر في الرمي حال الرمي أو حال الاصابة فعند أصحابنا الثلاثة المعتبر حال الرمي وعند زفر حال الاصابة (ووجهه)
البناء على هذا الاصل ان المعتبر لما كان حال الرمي عندنا فقد وجد الرمي منهما والصيد ممتنع فلا يتعلق بالسهم الثاني
حظر الا ان الملك للاول لان سهمه أخرجه من حيز الامتناع فصار السهم الثاني كأنه وقع بصيد مملوك فلا يستحق به
شيء فكان الاعتبار بحال الرمي في حق الحل والاصابة في حق الملك لان الحل يتعلق بالفعل والملك يتعلق بالحل ولما
كان الاعتبار بحال الاصابة عنده فقد أصابه الثاني والصيد غير ممتنع فصار كمن رمى الى شاة فقتلها (وجهه) قول
زفر رحمه الله الاعتبار بحال الاصابة ان الملك يقف بثبوته على الاصابة فانه لو لم يصب لملك فدل ان المعتبر هو وقت
الاصابة ولنا أن حال الرمي هو الذي يفعله والتسمية معتبرة عند فعله فكان الاعتبار بحال الرمي وكذلك ان رمى
أحدهما بعد الآخر قبل اصابة الاول فهو كمنهما معاً في القولين لان رمى الثاني وجد والصيد ممتنع فصار كمن رمى معاً
فان أصابه سهم الاول ولم يخرج من الامتناع فأصابه الثاني فقتله فهو الثاني لان الاول اذا لم يخرج من حد الامتناع
فجعل الاصطياد وجد من الثاني والاول تسبب في الصيد فصار كمن أثار صيداً وأخذه غيره ان الصيد يكون للاخذ
للبشير كذا هذا وان كان سهم الاول وقده وأخرجه عن الامتناع ثم أصابه سهم الثاني فهذا على وجهه ان مات من
الاول أكل وعلى الثاني ضمان ما قصته جراحته لان السهم الاول وقع به وهو صيد فاذا قتلته حل وقدم ملكه الاول
بالاصابة فالجراحة الثانية نقص في ملك الاول فيضمنها الثاني وان مات من الجراحة الثانية لم يؤكل لان الثاني رمى اليه
وهو غير ممتنع فصار كالرمي الى الشاة ويضمن الثاني ما قصته جراحته لانه نقص دخل في ملك الغير بفعله ثم يضمن
قيمته بجرحه واحتين لانه أ تلف بفعله الا أنه غرم نقصان الجرح الثاني فلا يضمنه ثانياً والجرح الاول نقص
حصل بفعل المالك للصيد فلا يضمنه الثاني وان مات من الجرح الثاني لم يؤكل لان أحد الرميين حاضراً والآخر
معيصاً فالحكم لحاضر احتياطاً والصيد للاول لا يقراده بسبب ملكه وهو الجراحة المخرجة له من الامتناع وعلى الثاني
للاول نصف قيمته بجرحه واحتين ويضمن نصف ما قصته الجراحة الثانية لانه مات بفعله ما فسقط نصف

الضمان وثبت نصفه والجراحة الثانية يضمها الثاني لانها حصلت في ملك غيره ولانه أتلف على شريكه نصيبه حين أخرجه من الاباحة الى الحظر فيلزمه الضمان وان لم يعلم بأى الجراحتين مات فهو كما لو علم انه مات منهما لان كل واحدة من الجراحتين سبب القتل في الظاهر والله جل وعز أعلم ولو أرسل كلباً على صيد وسمى فأدرك الكلب الصيد فضر به فوقه ثم ضر به ثانياً فقتله أكل وكذلك لو أرسل كلبين على صيد فضر به أحدهما فوقه ثم ضر به الكلب الآخر فقتله فانه يؤكل لان هذا لا يدخل في تعليم الكلب اذ لا يمكن أن يعلم بترك الجرح بعد الجرح الاول فلا يعتبر فكانه قتله بجرح واحد ولو أرسل رجلاً كل واحد منهما كلبه على صيد فضر به كلب أحدهما فوقه ثم ضر به كلب الآخر فقتله فانه يؤكل لما ذكرنا ان جرح الكلب بعد الجرح مما لا يمكن التحفظ عنه فلا يوجب الحظر فيؤكل ويكون الصيد لصاحب الاول لان جراحة كلبه أخرجه عن حد الامتناع فصار ملكاً له بغير احوال كلب الثاني لا تزيل ملكه عنه ومنها أن يكون الارسال والرمى على الصيد واليه حتى لو أرسل على غير صيد أو رمى الى غير صيد فأصاب صيداً لا يحل لان الارسال الى غير الصيد والرمى الى غيره لا يكون اصطيداً فلا يكون قتل الصيد وجرحه مضماً الى المرسل والرمى فلا تتعلق به الاباحة وعلى هذا يخرج ما اذا سمع حساً فظنه صيداً فأرسل عليه كلبه أو بازه أو رماه بسهم فأصاب صيداً أو بان له ان الحس الذي سمعه لم يكن حس صيد وانما كان شاة أو بقرة أو آدمياً لانه لا يؤكل الصيد الذي أصابه في قوهم جميعاً لانه تبين انه أرسل على ما ليس بصيد ورمى الى ما ليس بصيد فلا يتعلق به الحل لما بينا من الفقه وصار كأنه رمى الى آدمى أو شاة أو بقرة وهو يعلم به فأصاب صيداً لانه لا يؤكل كذا هذا وان كان الحس حس صيد فأصاب صيداً يؤكل سواء كان ذلك الحس حس صيداً كقول أو غير ما كقول بعد أن كان المصايب صيداً أم كولا وهذا قول أصحابنا الثلاثة وقال زفران كان ذلك الحس حس صيد لا يؤكل لحمه كالسباع ونحوها لا يؤكل وروى عن أبي يوسف رحمه الله انه ان كان حس ضبع يؤكل الصيد وان كان حس خنزير لا يؤكل الصيد (وجه) قول زفران السبع غير ما كقول فالرمى اليه لا يثبت به حل الصيد المأكول كما لو كان حس آدمى فرمى اليه فأصاب صيداً ولنا ان الارسال الى الصيد اصطيداً مباحاً كولا كان الصيداً وغيره ما كقول فتعلق به الاباحة الصيد المأكول لان حل الصيد المأكول يتعلق بالارسال فاذا كان الارسال حلالاً يثبت حله لانه لا يثبت بحل الارسال حل حكم المرسل اليه لان حرمة تثبت لمعنى يرجع الى الحل فلا يتبدل بالفعل ولان المعترف بالارسال هو قصد الصيد فما التعيين فليس بشرط لما بينا فيما تقدم وقد قصد الصيد حلالاً كان أو حراماً بخلاف ما اذا كان الحس حس آدمى لان الارسال على آدمى ليس باصطياد فضلاً عن أن يكون حلالاً اذ لا يتعلق حل الصيد بما ليس باصطياد وعلى الوجه الثاني لم يوجد منه قصد الصيد فلا يتعلق به الحل (وجه) رواية أبي يوسف رحمه الله في فصله بين سائر السباع وبين الخنزير ان الخنزير محرّم العين حتى لا يجوز الانتفاع به بوجه فسقط اعتبار الارسال عليه والتحقق بالعدم فأما سائر السباع فجاء الانتفاع بها في غير جهة الاكل فكان الارسال اليها معتبراً وان سمع حساً ولكنه لا يعلم انه حس صيد أو غيره فأرسل فأصاب صيداً لم يؤكل لانه اذا لم يعلم استوى الحظر والاباحة فكان الحكم للحظر احتياطاً وذكري في الاصل فيمن رى خنزيراً أهلياً فأصاب صيداً قال لا يؤكل لان الخنزير اهل ليس بصيد لعدم التوحش والامتناع فكان الرمي اليه كالرمي الى الشاة فلا يتعلق به حل الصيد وان أصاب صيداً أم كولا وقد قالوا فيمن سمع حساً فظنه آدمياً فرماه فأصاب الحس نفسه فاذا هو صيداً كل لانه رمى الى المحسوس المعين وهو الصيد فصيح ونظيره ما اذا قال لا مرأته وأشار اليها هذه الكلبة طالق انها تطلق وبطل الاسم وقالوا لرمي طائر فأصاب صيداً أو ذهب المرمى اليه ولم يعلم أو حشى أو مستأنس أكل الصيد لان الاصل في الطير التوحش فيجب التمسك بالاصل حتى يعلم الاستئناس ولو علم ان المرمى اليه داجن تأوى البيوت لا يؤكل الصيد لان الداجن يأوى به البيت وثبت اليد عليه فكان الرمي اليه كالرمي الى الشاة وذلك لا يتعلق به الحل كذا هذا وقالوا لرمي بعيراً فأصاب صيداً

وذهب البعير فلم يعلم أناد أو غير ناد لم يؤكل الصيد حتى يعلم أن البعير كان نادا لأن الأصل في الابل الاستئناس فيتمسك
 بالأصل حتى يظهر الأمر بخلافه واختلفت الرواية عن أبي يوسف رحمه الله فيمن رمى سمكة أو جرادة فأصاب
 صيدا فقال في رواية لا يؤكل لأن السمك والجراد لا ذكاة لهما وروى عنه أنه يؤكل لأن المرمى إليه من جملة الصيد
 وإن كان لا ذكاة وقالوا لو أرسل كلبه على ظبي موثق فأصاب صيدا لم يؤكل لأن الموثق ليس بصيد لعدم معنى الصيد
 فيه وهو الامتناع فأشبهه شاة ولو أرسل بازه على ظبي وهو لا يصيد الظبي فأصاب صيدا لم يؤكل لأن هذا إرسال لم
 يقصده الاصطياد فصار كمن أرسل كلبا على قتل رجل فأصاب صيدا (ومنها) أن لا يكون ذوالناب الذي يصطاد به
 من الجوارح محرم العين فإن كان محرم العين وهو الخنزير فلا يؤكل صيده لأن محرم العين محرم الانتفاع به والاصطياد به
 انتفاع به فكان حراما فلا يتعلق به الحل (وأما) ما سواه من ذى الناب من السباع فقد قال أصحابنا جميعا كل ذى
 مخلب وذى ناب علم فتعلم ولم يكن محرم العين فصيده كان صيده حلالا لعدم احتمال التعلم لأن التعلم بترك العادة
 وقالوا في الاسد والذئب أنه لا يجوز الصيد بهما لأن معنى يرجع الى ذاتهما بل لعدم احتمال التعلم لأن التعلم بترك العادة
 وذلك بترك الاكل وقيل ان من عادت بهما أنهما إذا أخذ صيدا لا يأكلانه في الحال فلا يمكن الاستدلال بترك الاكل
 فيهما على التعلم حتى لو تصور تغليظهما يحوز ذلك كرهشام وقال سألت محمدا عن الذئب اذا علم فصاد فقال هذا أرى
 أنه لا يكون فإن كان فلا بأس به وقال سألت عن صيد ابن عرس فأخبرني أن أبا حنيفة رحمه الله قال اذا علم فتعلم فكل
 مما صاد فصارا الأصل ما ذكرنا أن لا يكون محرم العين من الجوارح اذا علم فتعلم يؤكل صيده والله جل شأنه أعلم
 (ومنها) أن يعلم أن تلف الصيد بارسال أو رمى هو سبب الحل من حيث الظاهر فإن شاركهما معنى أو سبب يحتمل
 حصول التلف به والتلف به محال فيصيد الحل لا يؤكل الا اذا كان ذلك المعنى مما لا يمكن الاحتراز عنه لانه اذا
 احتمل حصول التلف بما لا يثبت به الحل فقد احتمل الحل والحرمة فيرجح جانب الحرمة احتياطا لانه ان أكل
 عصى أنه أكل الحرام فيأثم وإن لم يأكل فلا شئ عليه والتحرز عن الضرر واجب عقلا وشرعا والأصل فيه ما روى عن
 رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لو ابصت بن معبد رضى الله عنه الحلال بين والحرام بين وبينهما أمور مشتبهات
 فدع ما يربك الى ما لا يربك وقال عبد الله بن مسعود رضى الله عنهما ما اجتمع الحلال والحرام في شئ الا وقد غلب
 الحرام الحلال وعلى هذا يخرج ما اذا رمى صيدا وهو يطير فأصابه فسقط على جبل ثم سقط منه على الارض فمات انه
 لا يؤكل وهو تفسير المتزدي لانه لا يحتمل أنه مات من الرمي ويحتمل أنه مات بسقوطه عن الجبل وكذلك لو كان على
 جبل فأصابه فسقط منه شئ على الجبل ثم سقط على الارض فمات أو كان على سطح فأصابه فهو فاصاب حائط
 السطح ثم سقط على الارض فمات أو كان على نخلة أو شجرة فسقط منها على جذع النخلة أو ندم من الشجرة ثم سقط
 على الارض فمات أو وقع على رمح مركوز في الارض وفيه سنان فوقع على السنان ثم وقع على الارض فمات أو نشب
 فيه السنان فمات عليه أو أصاب سهمه صيدا فوقع في الماء فمات فيه لا يحل لانه لا يحتمل أنه مات بالرمي ويحتمل أنه
 مات بهذه الاسباب الموجودة بعده وقد روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال وإن وقع في الماء فلا تأكله
 فلعن الماء قتله بين عليه الصلاة والسلام والحكم وعمل بما ذكرنا من احتمال موته بسبب آخر وهو وقوعه في الماء
 والحكم المعلن بعلته يتعمم بعموم العلة ولو أصابه سهم فوقع على الارض فمات فالقياس أن لا يؤكل لجواز موته بسبب
 وقوعه على الارض وفي الاستحسان يؤكل لانه لا يمكن الاحتراز عن وقوع المرمى اليه على الارض فلو اعتبر هذا
 الاحتمال لوقع الناس في الحرج وذكر في المنتقى في الصيد اذا وقع على صخرة فانشق بطنه أو انقطع رأسه لا يؤكل قال
 الحاكم الجليل الشهيد المروزي وهذا خلاف جواب الأصل قال القدوري رحمه الله وعنى به أنه خلاف عموم جواب
 الأصل لانه ذكر في الأصل لو وقع على آجرة موضوعة في الارض أكل ولم يفصل بين أن يكون انشق بطنه أو لم
 ينشق فهذا يقتضى أن يؤكل في الحالين فيجوز أن يجعل في المسألة روايتان ويجوز أن يفرق بين الحالين من حيث أن

لو انشق بطنه أو انقطع رأسه فالظاهر أن موته بهذا السبب لا بالرمي فكان احتمال موته بالرمي احتمال خلاف الظاهر فلا يعتبر واذ لم ينشق ولم ينقطع فوته بكل واحد من السببين محتمل احتمالاً على السواء إلا أن التحرز غير ممكن فسقط اعتبار موته بسبب العارض ويجوز أن يكون المذكور في المنتقى تفسيراً لما ذكر في الأصل فيكون معناه أنه يؤكل اذ لم ينشق بطنه أو لم ينقطع رأسه فيحمل المطلق على المقيّد ويجعل المقيّد بياناً للمطلق عند تعذر العمل بهما ولو وقع على حرف آجرة أو حرف حجر ثم وقع على الأرض فمات لم يؤكل لما قلنا ولو كانت الآجرة منطرحه على الأرض فوقع عليها ثم مات أكل لأن الآجرة المنطرحه كالارض فوقه عليها كوقوعه على الأرض ولو وقع على جبل فمات عليه أكل لأن استقراره على الجبل كاستقراره على الأرض وذكر في المنتقى عن أبي يوسف رحمه الله لورمى صيداً على قلة جبل فأثخنه حتى صار لا يتحرك ولم يستطع أن يأخذه فرماه فقتله ووقع لم يأكله لأنه خرج عن كونه صيداً بالرمي الأول لخروجه عن حد الامتناع فالرمي الثاني لم يصادف صيداً فلم يكن ذكاةً له فلا يؤكل وعلى هذا يخرج ما اذا اجتمع على الصيد معلم وغير معلم أو مسمى عليه وغير مسمى أنه لا يؤكل لا اجتماع سببي الحظر والاباحة ولم يعلم أيهما قتله ولو أرسل مسلم كلبه فاتبع الكلب كلب آخر غير معلم لكنه لم يرسله أحد ولم يجره بعد انبعائه أو سبيع من السباع أو ذو مخلب من الطير مما يجوز أن يعلم فيصاذه فرد الصيد عليه ونهشه أو فعل ما يكون معونة للكلب المرسل فأخذ الكلب المرسل وقتله لا يؤكل لأن رد الكلب ونهشه مشاركة في الصيد فأشبهه مشاركة المعلم غير المعلم والمسمى عليه غير المسمى عليه بخلاف ما إذا رد عليه آدمى أو بقرة أو حمار أو فرس أو ضب لأن فعل هؤلاء ليس من باب الاصطياد فلا يزاحم الاصطياد في الاباحة فكان ملحقاً بالعدم فإن تبع الكلب الأول كلب غير معلم ولم يرد عليه ولم يهيب الصيد ولكنه اشتد عليه وكان الذي أخذ وقتل الكلب المعلم لا بأس بأكله لأنهما ما اشتراكا في الاصطياد لعدم المعاونة فيحمل أكله والله جل شأنه أعلم (ومنها) أن يلحق المرسل أو الرامي الصيد أو من يقوم مقامه قبل التواري عن عينه أو قبل انقطاع الطلب منه اذ لم يدرك ذبحه فإن توارى عن عينه وقعد عن طلبه ثم وجدته لم يؤكل فأما اذ لم يتوار عنه أو توارى لكنه لم يقعد عن الطلب حتى وجدته يؤكل استحساناً والقياس أنه لا يؤكل (وجه) القياس أنه يحتمل أن الصيد مات من جراحة كلبه أو من سهمه ويحتمل أنه مات بسبب آخر فلا يحل أكله بالشك (وجه) الاستحسان ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم مر بالروحاء على حمار وحش عقير فتبادر أصحابه إليه فقال دعوه فسيأتني صاحبه فجاء رجل من فهر فقال هذه رميتي يا رسول الله وأنا في طلبها وقد جعلتها لك فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم سيدنا أبا بكر رضي الله عنه قسمه بين الرفاق ولأن الضرورة توجب ذلك لأن هذا مما لا يمكن الاحتراز عنه في الصيد فإن العادة أن السهم اذا وقع بالصيد تحامل فغاب واذا أصاب الكلب الخوف منه غاب فلو اعتبرنا ذلك لادى ذلك إلى انسداد باب الصيد ووقوع الصيادين في الحرج فسقط اعتبار الغيبة التي لا يمكن التحرز عنها اذ لم يوجد من الصائد تهريط في الطلب لمكان الضرورة والحرج وعند قعوده عن الطلب لا ضرورة فيعمل بالقياس وقد روى أن رجلاً أهدى إلى النبي عليه الصلاة والسلام صيداً فقال له من أين لك هذا فقال رميته بالأس وكنت في طلبه حتى هجم على الليل فقطعتني عنه ثم وجدته اليوم ومزراق في فيه فقال عليه الصلاة والسلام انه غاب عنك ولا أدري لعل بعض الهوام أعانك عليه لا حاجة لي فيه بين عليه الصلاة والسلام الحكم وعلة الحكم وهو ما ذكرنا من احتمال موته بسبب آخر وهذا المعنى لا يتحقق فيه اذ لم يقعد عن الطلب وروى عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه سئل عن ذلك فقال كل ما أصميت ودع ما أتميت قال أبو يوسف رحمه الله إلا أسماء ما عابنه والآنماء ما توارى عنه وقال هشام عن محمد رحمه الله إلا أسماء ما يتوارى عن بصرك والآنماء ما توارى عن بصرك إلا أنه أقيم الطلب مقام البصر للضرورة ولا ضرورة عند عدم الطلب ولا نه اذا قعد عن طلبه فن الجائر أنه لو كان طلبه لا دركه حياً فيخرج الجرح من أن يكون ذكاةً فلا يحل بالشك بخلاف ما اذا لم يقعد عن طلبه لا نه لم يدركه حياً فبقى الجرح ذكاةً له والله تعالى عز وجل أعلم وأما

ما يستحب من الذكاة وما يكره منها (فمنها) ان المستحب أن يكون الذبح بالنهار ويكره بالليل والاصل فيه ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه نهى عن الاضحية ليسلا وعن الحصاد ليلاً وهو كراهة تنزيه ومعنى الكراهة يحتمل أن يكون لوجوه أحدها ان الليل وقت أمن وسكون وراحة فايصال الالم في وقت الراحة يكون أشد والثاني انه لا يأمن من أن يخطئ فيقطع يده ولهذا كره الحصاد بالليل والثالث ان العروق المشروطة في الذبح لا تبين في الليل فربما لا يستوفى قطعها (ومنها) انه يستحب في الذبح حالة الاختيار أن يكون ذلك بآلة حادة من الحديد كالسكين والسيف ونحو ذلك ويكره بغير الحديد وبالكيل من الحديد لان السنة في ذبح الحيوان ما كان أسهل على الحيوان وأقرب الى راحته والاصل فيه ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال ان الله تعالى عز شأنه كتب الاحسان على كل شيء فاذا قتلتم فأحسنوا القتلة واذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة وليحد أحدكم شفرته وليرح ذبيحته وفي بعض الروايات ولبشد قوائمه وليلقه على شفه الايسر وليوجهه نحو القبلة وليسم الله تعالى عليه والذبح بمقلنا أسهل على الحيوان وأقرب الى راحته (ومنها) التذفيف في قطع الوداج ويكره الا بطاء فيه لما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال ويرح ذبيحته والاسراع نوع راحته (ومنها) الذبح في الشاة والبقرة والنحر في الابل ويكره القلب من ذلك لما ذكرنا فيما تقدم والله عز شأنه أعلم ومنها أن يكون ذلك من قبل الحلقوم ويكره من قبل القفا لما روى (ومنها) قطع الوداج كلها ويكره قطع البعض دون البعض لما فيه من ابطاء فوات حياته (ومنها) الاكتفاء بقطع الوداج ولا يبلغ به النخاع وهو العرق الابيض الذي يكون في عظم الرقبة ولا يبان الرأس ولو فعل ذلك يكره لما فيه من زيادة ايلام من غير حاجة اليها وفي الحديث ألا تنخعوا الذبيحة والنخع القتل الشديد حتى يبلغ النخاع (ومنها) أن يكون الذابح مستقبل القبلة والذبيحة موجهة الى القبلة لما روى ان الصحابة رضی الله عنهم كانوا اذا ذبحوا استقبلوا القبلة فانه روى عن الشعبي أنه قال كانوا يستحبون أن يستقبلوا بالذبيحة القبلة وقوله كانوا كناية عن الصحابة رضي الله عنهم ومثله لا يكذب ولان المشركين كانوا يستقبلون بذابحهم الى الاوثان فلو استحب محالتهم في ذلك باستقبال القبلة التي هي جهة الرغبة الى طاعة الله عز شأنه ويكره أن يقول عند الذبح اللهم تقبل من فلان وانما يقول ذلك بعد الفراغ من الذبح وقبل الاشتغال بالذبح هكذا روى أبو يوسف عن أبي حنيفة رحمه الله عن حماد عن ابراهيم وكذلك قال أبو يوسف ادع بالتقبل قبل الذبح ان شئت أو بعده وقدر وينا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال موطنان لأذ كرفيهما عند العطاس وعند الذبح وروينا عن ابن مسعود رضي الله عنهما انه قال جردوا التسمية عند الذبح ولو قال ذلك لا تحرم الذبيحة لانه ما ذكر اسم غير الله عز شأنه على سبيل الاشارة لكنه يكره لترك التجريد من حيث الصورة فان قيل أليس انه روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ضحى بكبشين أملحين أحدهما عن نفسه والاخر عن أمته فالجواب انه ليس فيه انه ذكّر مع اسم الله تعالى جل شأنه نفسه عليه الصلاة والسلام أو أمته فيحتمل انه ضحى أحدهما وذكّر اسم الله تعالى ونوى بقباه أن يكون عنه وضحي الاخر وذكّر اسم الله تعالى ونوى بقباه أن يكون عنه وضحي وهذا لا يوجب الكراهة ويكره له بعد الذبح قبل أن تبرد أن ينخعها أيضاً وهو أن ينحرفها حتى يبلغ النخاع وأن يسلخها قبل أن تبرد لان فيه زيادة ايلام لا حاجة اليها فان نخع أو سلخ قبل أن تبرد فلا بأس بأكلها لوجود الذبح شرائطه ويكره جرها برجلها الى المذبح لانه الحاق زيادة ألمها من غير حاجة اليها في الذكاة وروى عن ابن سيرين عن سيدنا عمر رضي الله عنهما أنه رأى رجلاً يسوق شاة ليدبحها سوقاً عنيفاً فضر به بالدرة ثم قال له سقها الى الموت سوقاً جميلاً لأمك ويكره أن يضجها ويحد الشفرة بين يديها لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رأى رجلاً أضجع شاة وهو يحد الشفرة وهي تلاحظه فقال عليه الصلاة والسلام أوددت أن تيتهاموات الا حددت الشفرة قبل أن تضجعها وروى عن سيدنا عمر رضي الله عنه انه رأى رجلاً وقد أضجع شاة ووضع رجله على صفحة وجهها وهو يحد الشفرة فضر به

بالدرة فهرب الرجل وشردت الشاة ولان البهيمة تعرف الالة الجارحة كما تعرف المالك فتشترز عنها فاذا أحد الشفرة وقد أصبحها يزداد ألمها وهذا كله لا تحرم به الذبيحة لان النهي عن ذلك ليس لمعنى في المنهى بل لما يلحق الحيوان من زيادة ألم لا حاجة اليه فكان النهي عنه لمعنى في غير المنهى وانه لا يوجب الفساد كالذبح بسكين منصوب والا صطياد بقوس منصوب ونحو ذلك

فصل وأما بيان ما يحرم أكله من أجزاء الحيوان المأكول فالذي يحرم أكله منه سبعة الدم المسفوح والذكر والانثيان والقبل والغدة والثانة والمرارة لقوله عز شأنه ويحل لهم الطيبات ويحرم عليهم الغبائث وهذه الاشياء السبعة مما تستخبثه الطباع السليمة فكانت محرمة وروى عن مجاهد رضي الله عنه أنه قال كره رسول الله صلى الله عليه وسلم من الشاة الذكر والانثيين والقبل والغدة والمرارة والثانة والدم فالمراد منه كراهة التحريم بدليل انه جمع بين الاشياء الستة وبين الدم في الكراهة والدم المسفوح محرم والمروى عن أبي حنيفة رحمه الله أنه قال الدم حرام وأكره الستة أطلق اسم الحرام على الدم المسفوح وسمى ما سواه مكروها لان الحرام المطلق ما ثبتت حرمة بدليل مقطوع به وحرمة الدم المسفوح قد ثبتت بدليل مقطوع به وهو النص المفسر من الكتاب العزيز قال الله تعالى عز شأنه قل لأجدفيا أوحى الى محرما الى قوله عز شأنه أودما مسفوحا ولحم خنزير وانعقاد الاجماع أيضا على حرمة فأكراهة ما سواه من الاشياء الستة فثبتت بدليل مقطوع به بل بالاجتهاد أو بظاهر الكتاب العزيز المحتمل للتأويل أو الحديث لذلك فصل بينهما في الاسم فسمى ذلك حراما ومكروها والله عز اسمه أعلم

كتاب الاصطياد

قد بينا في كتاب الذبائح والصيود ما يؤثر كل من الحيوانات وما يحرم أكله منها وما يكره والا نبيين في كتاب الاصطياد ما يباح اصطياده وما لا يباح ومن يباح له الاصطياد ومن لا يباح له فقط أما الاول فيباح اصطياده في البحر والبر مما يحل أكله وما لا يحل أكله غير أن ما يحل أكله يكون اصطياده بالاتفاق باحرمه وما لا يحل أكله يكون اصطياده بالاتفاق بجده وشعره وعظمه أولدفع أذيته الا صيدا الحرم فانه لا يباح اصطياده الا المؤذى منه لقوله عز شأنه أودما مسفوحا ولحم خنزير وانعقاد الاجماع أيضا على حرمة فأكراهة ما سواه من الاشياء الستة فثبتت بدليل مقطوع به بل بالاجتهاد أو بظاهر الكتاب العزيز المحتمل للتأويل أو الحديث لذلك فصل بينهما في الاسم فسمى ذلك حراما ومكروها والله عز اسمه أعلم

كتاب التضيحية

يحتاج لمعرفة مسائل هذا الكتاب الى بيان صفة التضيحية انها واجبة أولا والى بيان شرائط الوجوب لو كانت واجبة والى بيان وقت الوجوب والى بيان كيفية الوجوب والى بيان محل اقامة الواجب والى بيان شرائط جواز اقامة الواجب والى بيان ما يستحب أن يفعل قبل التضيحية وعندها وبعدها وما يكره كراهة تحريم أو تنزيه أو ماصفة التضيحية فالتضيحية نوعان واجب وتطوع والواجب منها أنواع منها ما يجب على الفنى والفقير ومنها ما يجب على الفقير دون الفنى ومنها ما يجب على الفنى دون الفقير أما الذى يجب على الفنى والفقير فالمنذور به بأن قال الله على ان أضحي شاة أو بدنة أو هذه الشاة أو هذه البدنة أو قال جعلت هذه الشاة ضحية أو أضحية وهو غنى أو فقير لان هذه قربة لله تعالى عز شأنه من جنسها الإيجاب وهو هدى المتعة والقران والاحصار وفداء اسماعيل عليه الصلاة والسلام وقيل هذه القرية تليق بالنذر كسائر القرب التي لله تعالى عز شأنه من جنسها الإيجاب من الصلاة والصوم ونحوهما والوجوب بسبب

النذر يستوى فيه الفقير والغنى وإن كان الواجب يتعلق بالمال كالنذر بالحج أنه يصبح من الغنى والفقير جميعاً وأما الذى يجب على الفقير دون الغنى فالمشترى للاضحية إذا كان المشتري فقيراً بان اشترى فقيراً شاة ينوى أن يضحي بها وقال الشافعى رحمه الله لا تجب وهو قول الزعفرانى من أصبح بائناً وإن كان غنياً لا يجب عليه بالشراء شاة بالاتفاق (وجهه) قول الشافعى رحمه الله أن الإيجاب من العبد يستدعى لفظاً يدل على الوجوب والشراء بنية الاضحية لا يدل على الوجوب فلا يكون إيجاباً ولهذا لم يكن إيجاباً من الغنى (ولنا) أن الشراء للاضحية ممن لا أضحية عليه مجرى مجرى الإيجاب وهو النذر بالتضحية عرفاً لأنه إذا اشترى للاضحية مع فقره فالظاهر أنه يضحي فيصير كأنه قال جعلت هذه الشاة أضحية بخلاف الغنى لأن الاضحية واجبة عليه بإيجاب الشرع ابتداءً فلا يكون شراؤه للاضحية إيجاباً بل يكون قصداً إلى تفرغ ما في ذمته ولو كان في ملك إنسان شاة فنوى أن يضحي بها واشترى شاة ولم ينو الاضحية وقت الشراء ثم نوى بعد ذلك أن يضحي بها لا يجب عليه سواء كان غنياً أو فقيراً لأن النية لم تقارن الشراء فلا تعتبر (وأما) الذى يجب على الغنى دون الفقير فإيجاب من غير نذر ولا شراء للاضحية بل شكر النعمة الحياة وأحياء الميراث الخليل عليه الصلاة والسلام حين أمره الله تعالى عز اسمه بذبح الكبش في هذه الأيام فداء عن ولده ومطية على الصراط ومغفرة للذنوب وتكفير للخطايا على ما نطقت بذلك الأحاديث وهذا قول أبي حنيفة ومحمد وزفر والحسن بن زياد وأحدى الروايتين عن أبي يوسف رحمهم الله وروى عن أبي يوسف رحمه الله أنها لا تجب وبه أخذ الشافعى رحمه الله وحجة هذه الرواية ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال ثلاث كتبت على ولم تكتب عليكم الوتر والضحي والاضحي وروى ثلاث كتبت على وهى لكم سنة وذكر عليه الصلاة والسلام الاضحية والسنة غير الواجب في العرف وروى أن سيدنا إيا بكر وسيدنا عمر رضي الله عنهما كانا لا يضحيان السنة والسنيتين وروى عن أبي مسعود الأنصاري رضي الله عنه أنه قال قد يروح على الف شاة ولا أضحي واحدة مخافة أن يعتقد جارى أنها واجبة ولأنها لو كانت واجبة لكان لا فرق فيها بين المقيم والمسافر لأنها لا يفرقان في الحقوق المتعلقة بالمال كزكاة وصدقة الفطر ثم لا تجب على المسافر فلا تجب على المقيم (ولنا) قوله عز وجل فصل ربك وانحر قيل في التفسير صل صلاة العيد وانحر البدن بعدها وقيل صل الصبح بجمع وانحر بمعنى ومطلق الأمر للوجوب في حق العمل ومتى وجب على النبي عليه الصلاة والسلام يجب على الأمة لأنه قدوة للامة فان قيل قد قيل في بعض وجوه التأويل لقوله عز شأنه وانحر أى ضع يدك على نحرك في الصلاة وقيل استقبال القبلة بنحرك في الصلاة فالجواب أن الحمل على الأول أولى لأنه حمل اللفظ على فائدة جديدة والحمل على الثاني حمل على التكرار لأن وضع اليد على النحر من أفعال الصلاة عندكم يتعلق به كمال الصلاة واستقبال القبلة من شرائط الصلاة لا وجود للصلاة شرعاً ودونه فيدخل تحت الأمر بالصلاة فكان الأمر بالصلاة أمر به فحمل قوله عز شأنه وانحر عليه يكون تكراراً والحمل على ما قلناه يكون حملاً على فائدة جديدة فكان أولى وروى عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال ضحوا فأنها سنة أبيكم إبراهيم عليه الصلاة والسلام أمر عليه الصلاة والسلام بالتضحية والأمر المطلق عن القرينة يقتضى الوجوب في حق العمل وروى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال على أهل كل بيت في كل عام أضحية وعتيرة وعلى كلمة إيجاب ثم نسخت العتيرة فثبتت الاضحية وروى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال من لم يضح فلا يقربن مصلانا وهذا خرج من خرج الوعيد على ترك الاضحية ولا وعيد الا بترك الواجب وقال عليه الصلاة والسلام من ذبح قبل الصلاة فليعد أضحيته ومن لم يذبح فليذبح بسم الله أمر عليه الصلاة والسلام بالذبح الاضحية واعادتها إذا ذبحت قبل الصلاة وكل ذلك دليل الوجوب ولأن أراقة الدم قرينة والوجوب هو القرينة في القربات (وأما) الحديث فنقول بموجبه أن الاضحية ليست بمكتوبة علينا ولكنها واجبة وفرق ما بين الواجب والقرض كفرق ما بين السماء والأرض على ما عرفت في أصول الفقه وقوله هي لكم سنة أن ثبت لا ينفي الوجوب إذا السنة تنبى عن الطريقة أو السيرة وكل ذلك لا ينفي الوجوب (وأما) حديث سيدنا أبي بكر

بكر وسيدنا عمر رضي الله عنهما فيحتمل أنهما كانا لا يضحيان السنة والسنين لعدم غناهما لما كان لا يفضل رزقهما الذي كان في بيت المال عن كفايتهما والغنى شرط الوجوب في هذا النوع وقول أبي مسعود رضي الله عنه لا يصلح معارضا للكتاب الكريم والسنة مع ما أنه يحتمل أنه كان عليه دين فخاف على جاره لو ضحى أن يعتقد وجوب الاضحية مع قيام الدين ويحتمل أنه أراد بالوجوب الفرض اذ هو الواجب المطلق فخاف على جاره اعتقاد القرصية لو ضحى فصان اعتقاده بترك الاضحية فلا يكون حجة مع الاحتمال أو يحتمل على ما قلنا توفيقاً بين الدلائل صيانة لها عن التناقض والاستدلال بالمسافر غير سديد لأن فيه ضرورة لا توجد في حق المقيم على ما ذكر في بيان الشرائط ان شاء الله تعالى عز شأنه ولونذر أن يضحى بشاة وذلك في أيام النحر وهو موسر فعليه أن يضحى بشاتين عند نشأة لاجل النذر وشاة بإيجاب الشرع ابتداء اذا عني به الاخبار عن الواجب عليه بإيجاب الشرع ابتداء فلا يلزمه الا التضحية بشاة واحدة ومن المشايخ من قال لا يلزمه الا التضحية بشاة واحدة لأن هذه الصيغة حقيقتها للاخبار فيكون اخبارا عما وجب عليه بإيجاب الشرع فلا يلزمه التضحية باخرى ولنا ان هذه الصيغة في عرف الشرع جعلت انشاء كصيغة الطلاق والعناق لكنها تحتمل الاخبار فيصدق في حكم بينه وبين ربه عز شأنه ولو قال ذلك قبل أيام النحر يلزمه التضحية بشاتين بلا خلاف لأن الصيغة لا تحتمل الاخبار عن الواجب اذ لا وجوب قبل الوقت والاخبار عن الواجب ولا واجب يكون كذبا فتعين الانشاء مرادها وكذلك لو قال ذلك وهو معسر ثم أسرف في أيام النحر فعليه أن يضحى بشاتين لأنه لم يكن وقت النذر اضحية واجبة عليه فلا يحتمل الاخبار فيحمل على الحقيقة الشرعية وهو الانشاء فوجب عليه اضحية بنذره وأخرى بإيجاب الشرع ابتداء لوجود شرط الوجوب وهو الغنى (وأما التطوع فاضحية المسافر والفقير الذي لم يوجد منه النذر بالتضحية ولا الشراء للاضحية لانعدام سبب الوجوب وشرطه فصل ١٠٠ وأما شرائط الوجوب فاما في النوعين الاولين فشرائط أهلية النذر وقد ذكرناها في كتاب النذر وأما في النوع الثالث فمنها الاسلام فلا تجب على الكافر لانها قرينة والكافر ليس من أهل القرب ولا يشترط وجود الاسلام في جميع الوقت من أوله الى آخره حتى لو كان كافرا في أول الوقت ثم أسلم في آخره تجب عليه لأن وقت الوجوب يفضل عن اداء الواجب فيكفي في وجوبها بقاء جزء من الوقت كالصلاة ومنها الحرية فلا تجب على العبد وان كان ماذونا في التجارة أو مكاتباً لانه حق مالي متعلق بملك المال ولهذا لا تجب عليه زكاة ولا صدقة الفطر ولا يشترط أن يكون حراما في أول الوقت الى آخره بل يكتفى بالحرية في آخر جزء من الوقت حتى لو اعتق في آخر الوقت وملك نصبا لتجب عليه الاضحية لما قلنا في شرط الاسلام ومنها الإقامة فلا تجب على المسافر لانها لا تتأدى بكل مال ولا في كل زمان بل بحیوان مخصوص في وقت مخصوص والمسافر لا يظفر به في كل مكان في وقت الاضحية فلو أوجبنا عليه لاحتاج الى حمله مع نفسه وفيه من الحرج ما لا يخفى أو احتاج الى ترك السفر وفيه ضرر فدعت الضرورة الى امتناع الوجوب بخلاف الزكاة لان الزكاة لا تتعلق بوجوبها بوقت مخصوص بل بجميع العمر وقتها فكان جميع الاوقات وقتاً لادائها فان لم يكن في يده شيء للحال يؤديها اذا وصل الى المال وكذا تتأدى بكل مال فأيجابها عليه لا يوقفه في الحرج وكذلك صدقة الفطر لانها تجب وجوباً موسماً كالزكاة وهو الصحيح وعند بعضهم وان كانت تتوقف بيوم الفطر لكنها تتأدى بكل مال فلا يكون في الوجوب عليه حرج وذكر في الاصل وقال ولا تجب الاضحية على الحاج وأراد بالحاج المسافر فاما أهل مكة فتجب عليهم الاضحية وان حجوا لما روى نافع عن ابن سيدنا عمر رضي الله عنهما انه كان يخلف لمن لم يحج من أهله أثمان الضحايا ليضحوا عنه تطوعاً ويحتمل أنه ليضحوا عن أنفسهم لا عنه فلا يثبت الوجوب مع الاحتمال ولا تشترط الإقامة في جميع الوقت حتى لو كان مسافراً في أول الوقت ثم أقام في آخره تجب عليه لما بينا في شرط الحرية والاسلام ولو كان مقيماً في أول الوقت ثم سافر في آخره لا تجب عليه لما ذكرنا هذا اذا سافر قبل ان يشتري اضحية فان اشتري شاة للاضحية ثم سافر ذكر في المنتقى ان له بيعها ولا يضحى بها وهكذا

روى عن محمد رحمه الله انه يبيعها من المشايخ من فصل بين الموسر والمعسر فقال ان كان موسراً فالجواب كذلك لانه ما
أوجب بهذا الشراء شيئاً على نفسه وانما قصده اسقاط الواجب عن نفسه فاذا سافر تبين أنه لا وجوب عليه فكان
له ان يبيعها كما لو شرع في العبادة على ظن أنها عليه ثم تبين أنها ليست عليه أنه لا يلزمه الاتمام وان كان معسراً ينبغي أن
تجب عليه ولا تسقط عنه بالسفر لان هذا ايجاب من الفقير بمنزلة النذر فلا يسقط بالسفر كما لو شرع في التطوع أنه يلزمه
الاتمام والقضاء بالافساد كذا ههنا وان سافر بعد دخول الوقت قالوا ينبغي أن يكون الجواب كذلك لما ذكرنا ومنها
الغنى لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال من وجد سعة فليضح شرط عليه الصلاة والسلام السعة وهي
الغنى ولا تأو جبتها بطلاق المال ومن الجائز أن يستغرق الواجب جميع ماله فيؤدي الى الحرج فلا بد من اعتبار الغنى
وهو أن يكون في ملكه مائت درهم أو عشرون ديناراً أو شئ يبلغ قيمته ذلك سوى مسكنه وما يتأث به وكسوته
وخادمه وفرسه وسلاحه وما لا يستغنى عنه وهو نصاب صدقة الفطر وقد ذكرناه وما يتصل به من المسائل في صدقة
الفطر ولو كان عليه دين بحيث لو صرف اليه بعض نصابه لا ينقص نصابه لا تجب لان الدين يمنع وجوب الزكاة فلا
يمنع وجوب الاضحية أولى لان الزكاة فرض والاضحية واجبة والفرض فوق الواجب وكذا لو كان له مال غائب
لا يصل اليه في أيام النحر لانه فقير وقت غيبة المال حتى تحل له الصدقة بخلاف الزكاة فانها تجب عليه لان جميع
العمر وقت الزكاة وهذه قرينة موقفة فيعتبر الغنى في وقتها ولا يشترط أن يكون غنياً في جميع الوقت حتى لو كان فقيراً في
أول الوقت ثم أيسر في آخره يجب عليه لما ذكرنا ولو كان له مائت درهم خال عليها الحول فزكاهها بخمسة دراهم ثم حضرت
أيام النحر وماله مائة وخمسة وتسعون لا رواية فيه وذكر الزعفراني أنه تجب عليه الاضحية لان النصاب وان انتقص
لكنه انتقص بالصرف الى جهة هي قرينة فيجعل قائماً تقديره حتى لو صرف خمسة منها الى النفقة لا تجب لانعدام
الصرف الى جهة القرينة فكان النصاب ناقصاً حقيقة وتقديراً فلا يجب ولو اشترى الموسر شاة للاضحية فضاعت
حتى انتقص نصابه وصار فقيراً فجاءت أيام النحر فليس عليه أن يشتري شاة أخرى لان النصاب ناقص وقت
الوجوب فلم يوجد شرط الوجوب وهو الغنى فلو أنه وجدها وهو معسر وذلك في أيام النحر فليس عليه أن يضحي بها
لانه معسر وقت الوجوب ولو ضاعت ثم اشترى أخرى وهو موسر فضحي بها ثم وجد الأولى وهو معسر لم يكن عليه
أن يتصدق بشيء لما قلنا وجميع ما ذكرنا من الشرط يستوي فيها الرجل والمرأة لان الدلائل لا تفصل بينهما وأما
البلوغ والعقل فليس من شرائط الوجوب في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد وزفرهما من شرائط الوجوب
حتى تجب الاضحية في مال الصبي والمجنون اذا كانا موسرين عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله حتى لو ضحي
الاب أو الصبي من ماله لا يضمن عندهما وعند محمد وزفر رحمهما الله يضمن وهو على الاختلاف الذي ذكرنا في
صدقة الفطر والحج ذكرت هنالك ومن المتأخرين من قال لا خلاف بينهم في الاضحية انها لا تجب في مالهما لان
القرينة في الاضحية هي اراقة الدم وانها اتلاف ولا سبيل الى اتلاف مال الصغير والتصدق بالهلم تطوع ولا يجوز ذلك
في مال الصغير والصغير في العادة لا يقدر على ان يأكل جميع اللحم ولا يجوز بيعه ولا سبيل للوجوب رأساً والصحيح أنه على
الاختلاف وتجب الاضحية عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ولا يتصدق باللحم لما قلنا لكن يأكل منها الصغير
ويدخره قدر حاجته ويتنازع بالباقي ما ينتفع بعينه كابتياح البالغ بجد الاضحية ما ينتفع بعينه والذي يحسن ويفيق يعتبر
حاله في الجنون والافاقة فان كان مجنوناً في أيام النحر فهو على الاختلاف وان كان مقيماً يجب بلا خلاف وقيل ان
حكمه حكم الصحيح كيف ما كان ومن بلغ من الصغار في أيام النحر وهو موسر يجب عليه باجماع بين أصحابنا لان
الاهلية من الحرفي آخر الوقت لا في أوله كما لا يشترط اسلامه وحرته واقامته في أول الوقت لما بينا ولا يجب على
الرجل أن يضحي عن عبده ولا عن ولده الكبير وفي وجوبها عليه من ماله لولده الصغير روايتان كذا ذكره القدوري
رحمه الله وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي انها لا تجب في ظاهر الرواية ولكن الافضل أن يفعل ذلك وأطلق

الطحاوي رحمه الله ما يدل على الوجوب فانه قال ويجب على الرجل أن يضحي عن أولاده الصغار (وجه) رواية الوجوب أن ولد الرجل جزؤه فاذا وجب عليه أن يضحي عن نفسه فكذا عن ولده ولهذا وجب عليه أن يؤدي عنه صدقة الفطر ولا نله على ولده الصغير ولاية كاملة فيجب كصدقة الفطر بخلاف الكبير فانه لا ولاية له عليه (وجه) ظاهر الرواية أن الاصل أن لا يجب على الإنسان شيء على غيره خصوصاً في القربات لقول الله تعالى وأن ليس للإنسان إلا ما سعى وقوله جل شأنه لما كسبت ولهذا لم يجب عليه عن عبده وعن ولده الكبير إلا أن صدقة الفطر خصت عن النصوص فبقيت الإضحية على عمومها ولأن سبب الوجوب هناك رأس يؤنوه ويلى عليه وقد وجد في الولد الصغير وليس السبب الرأس هنا ألا ترى أنه يجب بدونه وكذا لا يجب بسبب العبد وأما الوجوب عليه من ماله لولد ولده إذا كان أبوه ميتاً فقد روى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله أن عليه أن يضحي عنه قال القدوري رحمه الله ويجب أن يكون هذا على روايتين كما قالوا في صدقة الفطر وقدم وجه الروايتين في صدقة الفطر وأما المصنف فليس بشرط الوجوب فتجب على المقيم في الأمصار والقرى والبوادي لأن دلائل الوجوب لا توجب الفصل والله أعلم بفصل ١٠ وأما وقت الوجوب فإيام النحر فلا تجب قبل دخول الوقت لأن الواجبات الموقته لا تجب قبل أوقاتها كالصلاة والصوم ونحوهما وإيام النحر ثلاثة أيام الاضحية وهو اليوم العاشر من ذي الحجة والحادي عشر والثاني عشر وذلك بعد طلوع الفجر من اليوم الأول إلى غروب الشمس من الثاني عشر وقال الشافعي رحمه الله تعالى إيام النحر أربعة أيام العاشر من ذي الحجة والحادي عشر والثاني عشر والثالث عشر والصحيح قولنا لما روى عن سيدنا عمر وسيدنا علي وابن عباس وابن سيدنا عمر وأنس بن مالك رضي الله تعالى عنهم أنهم قالوا إيام النحر ثلاثة وأهلها أفضلها والظاهر أنهم سمعوا ذلك من رسول الله صلى الله عليه وسلم لأن أوقات العبادات والقربات لا تعرف إلا بالسمع فإذا طلع الفجر من اليوم الأول فقد دخل وقت الوجوب فتجب عند اجتماع شرائط الوجوب ثم لجواز الاداء بعد ذلك شرائط أخر نذكرها في موضعها إن شاء الله تعالى فإن وجدت يجوز والا فلا كما تجب الصلاة بدخول وقتها ثم إن وجدت شرائط جواز أدائها جازت والا فلا والله تعالى أعلم

فصل ١١ وأما كيفية الوجوب فانواع (منها) أنها تجب في وقتها وجوباً موسعاً ومعناه أنها تجب في جملة الوقت غير عين كوجوب الصلاة في وقتها ففي أي وقت ضحى من عليه الواجب كان مؤدياً للواجب سواء كان في أول الوقت أو وسطه أو آخره كالصلاة والا صل أن ما وجب في جزء من الوقت غير عين يتعين الجزء الذي أدى فيه الوجوب أو آخر الوقت كما في الصلاة وهو الصحيح من الأقاويل على ما عرف في أصول الفقه وعلى هذا يخرج ما إذا لم يكن أهلاً للوجوب في أول الوقت ثم صار أهلاً في آخره بأن كان كافراً أو عبداً أو قفيراً أو مسافراً في أول الوقت ثم أسلم أو اعتق أو أيسر أو أقام في آخره أنه يجب عليه ولو كان أهلاً في أوله ثم لم يبق أهلاً في آخره بأن ارتد أو أعسر أو سافر في آخره لا يجب عليه ولو ضحى في أول الوقت وهو قفير ثم أيسر في آخر الوقت فعليه أن يعيد الإضحية عندنا وقال بعض مشايخنا ليس عليه إلا عادة والصحيح هو الأول لأنه لما أيسر في آخر الوقت تعين آخر الوقت للوجوب عليه وتبين أن ما أداه وهو قفير كان تطوعاً فلا ينوب عن الواجب وما روى عن الكرخي رحمه الله في الصلاة المؤداة في أول الوقت أنها نفل مانع من الوجوب في آخر الوقت فاسد عرف فساده في أصول الفقه ولو كان موسراً في جميع الوقت فلم يضح حتى مضى الوقت ثم صار قفيراً صار قيمة شاة صالحة للإضحية ديناً في ذمته يتصدق بهامتي وجدها لأن الوجوب قد تأكد عليه بآخر الوقت فلا يسقط فقره بعد ذلك كالتقويم إذا مضى عليه وقت الصلاة ولم يصل حتى سافر لا يسقط عنه شرط الصلاة وكالمرة إذا مضى عليها وقت الصلاة وهي ظاهرة ثم حاضت لا يسقط عنها فرض الوقت حتى يجب عليها القضاء إذا ظهرت من حيضها كذا ههنا ولومات الموسر في أيام النحر قبل أن يضحي سقطت عنه الإضحية وفي الحقيقة لم تجب لما ذكرنا أن الوجوب عند الاداء أوفى آخر الوقت فإذا مات قبل الاداء مات قبل أن تجب عليه كمن مات في وقت الصلاة قبل أن

يصلها أنه مات ولا صلاة عليه كذا ههنا وعلى هذا يخرج رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله أن الرجل الموسر إذا
ولد له ولد في آخر أيام النحر أنه يجب عليه أن يذبح عنه وهي إحدى الروايتين اللتين ذكرناهما أنه كما يجب على الإنسان
إذا كان موسرا أن يذبح عن نفسه يجب عليه أن يذبح عن ولده الصغير لأنه ولد وقت تأكيد الوجوب بخلاف صدقة
القطر أنه إذا ولد له ولد بعد طلوع الفجر من يوم القطر أنه لا يجب عليه صدقة فطره لأن الوجوب هناك تعلق بأول اليوم
فلا يجب بعد مضي جزء منه وههنا بخلافه وعلى هذا يخرج ما إذا اشترى شاة للضحية وهو موسر ثم انها ماتت أو
سرت أو ضلت في أيام النحر أنه يجب عليه أن يضحي بشاة أخرى لأن الوجوب في جملة الوقت والمشتري لم يتعين
للو جوب والوقت باق وهو من أهل الوجوب فيجب الا اذا كان عينها بالنذر بان قال الله تعالى على أن اضحي بهذه
الشاة وهو موسر أو معسر فهلكت أو ضاعت أنه تسقط عنه التضحية بسبب النذر لأن المنذور به معين لا قامة الواجب
فيسقط الواجب بهلاكه كالكز كاة تسقط بهلاك النصاب عندنا غير أنه ان كان الناذر موسرا أتزمه شاة أخرى بإيجاب
الشرع ابتداء لا بالنذر وان كان معسرا فاشترى شاة للضحية فهلكت في أيام النحر أو ضاعت سقطت عنه وليس
عليه شيء آخر لما ذكرنا ان الشراء من الفقير للضحية بمنزلة النذر فاذا هلك فقد هلك محل إقامة الواجب فيسقط
عنه وليس عليه شيء آخر بإيجاب الشرع ابتداء لفقده شرط الوجوب وهو اليسار ولو اشترى الموسر شاة للضحية
فضلت فاشترى شاة أخرى ليضحي بها ثم وجد الأولى في الوقت فلا فضل أن يضحي بهما فان ضحي بالأولى
أجزأه ولا تلزمه التضحية بالآخرى ولا شيء عليه غير ذلك سواء كانت قيمة الأولى أكثر من الثانية أو أقل والأصل
فيه ما روى عن سيدتنا عائشة رضي الله عنها انها سأقت هديا فضاغ فاشتريت مكانه آخر ثم وجدت الأولى ففخرتها
ثم قالت الأولى كان يحزى عني فثبت الجواز بقولها والفضيلة بفعلها رضي الله عنها ولأن الواجب في ذمته ليس الا
التضحية بشاة واحدة وقد ضحي وان ضحي بالثانية أجزأه وسقطت عنه الاضحية وليس عليه أن يضحي بالأولى
لأن التضحية به لم تجب بالشراء بل كانت الاضحية واجبة في ذمته بطلاق الشاة فاذا ضحي بالثانية فقد أدى الواجب
بها بخلاف المتنفل بالاضحية اذا ضحي بالثانية أنه يلزمه التضحية بالأولى أيضا لأنه لما اشترى الاضحية فقد وجب
عليه التضحية بالأولى أيضا بعينها فلا يسقط بالثانية بخلاف الموسر فإنه لا يجب عليه التضحية بالشاة المشتراة بعينها وإنما
الواجب في ذمته وقد أداه بالثانية فلا تجب عليه التضحية بالأولى وسواء كانت الثانية مثل الأولى في القيمة أو فوقها أو
دونها لما قلنا غير أنها ان كانت دونها في القيمة يجب عليه أن يتصدق بفضل ما بين القيمتين لأنه بقيت له هذه الزيادة سالمة
من الاضحية فصار كاللبن ونحوه ولو لم يتصدق بشيء ولكنه ضحي بالأولى أيضا وهو في أيام النحر أجزأه وسقطت
عنه الصدقة لأن الصدقة إنما تجب خلفا عن فوات شيء من شاة الاضحية فاذا أدى الأصل في وقت سقط عنه الخلف
وأما على قول أبي يوسف رحمه الله فإنه لا تجزئ به التضحية الا بالأولى لأنه يجعل الاضحية كالوقف ولو لم يذبح الثانية
حتى مضت أيام النحر ثم وجد الأولى ذكر الحسن بن زياد في الاضحية ان عليه أن يتصدق بافضلهما ولا يذبح وذكر
فيها أنه قول زفر وأبي يوسف والحسن بن زياد رحمهم الله أنه لا يجب عليه في آخر الوقت الا التضحية بشاة فاذا خرج
الوقت تحول الواجب من الراقاة الى التصديق بالعين ولو اشترى شاة للضحية وهو معسر أو كان موسرا فانقص
نصابه بشراء الشاة ثم ضلت فلا شيء عليه ولا يجب عليه شيء آخر أما الموسر فلقوات شرط الوجوب وقت الوجوب
وأما المعسر فلهلاك محل إقامة الواجب فلا يلزمه شيء آخر (ومنها) أن لا يقوم غيرهما مقامها حتى لو تصدق بعين الشاة
أو قيمتها في الوقت لا يجزئ به عن الاضحية لأن الوجوب تعلق بالراقاة والأصل ان الوجوب اذا تعلق بفعل معين أنه
لا يقوم غيره مقامه كإتيان الصلاة والصوم وغيرهما بخلاف الزكاة فان الواجب أداء جزء من النصاب ولو أدى من مال
آخر جاز لأن الواجب هناك ليس جزءا من النصاب عند أصحابنا بل الواجب مطلق المال وقد أدى وعند بعضهم وان
كان الواجب أداء جزء من النصاب لكن من حيث انه مال لا من حيث انه جزء من النصاب لأن مبني وجوب

الزكاة على التيسير والتيسير في الوجوب من حيث انه مال لا من حيث انه عين والصورة وهما الواجب في الوقت اراقة الدم شرعا غير معقول المعنى فيقتصر الوجوب على مورد الشرع وبخلاف صدقة الفطر أنها تأدى بالقيمة عندنا لان الواجب هناك معلول بمعنى الاغناء قال النبي عليه الصلاة والسلام اغنهم عن المسئلة في مثل هذا اليوم والاغناء يحصل باداء القيمة والله عز شأنه أعلم (ومنها) انه تجزى فيها النياية فيجوز للانسان أن يضحي بنفسه وبغيره باذنه لانها قرينة تتعلق بالمال فتجزى فيها النياية كاداء الزكاة وصدقة الفطر ولان كل أحد لا يقدر على مباشرة الذبح بنفسه خصوصاً النساء فلون تجزى الاستنابة لادى الى الخرج وسواء كان المأذون مسلماً أو كتابياً حتى لو أمر مسلم كتابياً أن يذبح أضحيته يحز به لان الكتابي من أهل الذكاة الا أنه يكره لان التضحية قرينة والكافر ليس من أهل القرينة لنفسه فتكره انابته في اقامة القرينة لغيره وسواء كان الاذن نصاً أو دلالة حتى لو اشترى شاة للاضحية فجاء يوم النحر فاضجمها وشد قوائمها فجاء انسان وذبحها من غير أمره أجزأه استحساناً والقياس أنه لا يجوز أن يضمن الذابح قيمتها وهو قول زفر رحمه الله وقال الشافعي يحز به عن الاضحية ويضمن الذابح أما الكلام مع زفر فوجه القياس أنه ذبح شاة غيره بغير أمره فلا يحزى عن صاحبها ويضمن الذابح كالمالوغصب شاة وذبحها وهو وجه الشافعي في وجوب الضمان على الذابح وجه الاستحسان أنه لما اشترى الذابح وعينها لذلك فاذا ذبحها غيره فقد حصل غرضه واستقط عنه مؤنة الذبح فالظاهر أنه رضى بذلك فكان مؤذوناً فيه دلالة فلا يضمن ويحز به عن الاضحية كما لو أذن له بذلك نصاً وبه تبين وهى قول الشافعي رحمه الله أنه يحز به عن الاضحية ويضمن الذابح لان كون الذابح مؤذوناً فيه يمنع وجوب الضمان كما لو نص على الاذن وكما لو باعها باذن صاحبها ولو لم يرض به وأراد الضمان يقع عن المضحي وليس للوكيل أن يضحي ما وكل بشرائه بغير أمر موكله ذكره أبو يوسف رحمه الله في الاملاء فان ضحي جاز استحساناً لانه أعانه على ذلك فوجد الاذن منه دلالة الا أن يختار أن يضمنه فلا يحزى عنه وعلى هذا اذا غلط رجلان فذبح كل واحد منهما أضحية صاحبه عن نفسه أنه يحزى كل واحد منهما أضحيته عنه استحساناً وأخذها من الذابح لما بينا أن كل واحد منهما يكون راضياً بفعل صاحبه فيكون مؤذوناً فيه دلالة فيقع الذبح عنه ونية صاحبه تقع لغوا حتى لو تشاها وأراد كل واحد منهما الضمان تقع الاضحية له وجازت عنه لانه ملكه بالضمان على ما ذكره في الشاة المنصوبة ان شاء الله تعالى وذكر هشام عن أبي يوسف رحمه الله في نوادره في رجلين اشترى أضحيتين فذبح كل منهما أضحية صاحبه غلطاً عن نفسه وكلها قال يحزى كل واحد منهما في قول أبي حنيفة رحمه الله وقولناو يحلل كل واحد منهما صاحبه فان تشا حاضن كل واحد منهما لصاحبه قيمة شاته فان كان قد اقتضت ايام النحر تصدق بثلث القيمة اما جواز احلالهما فلا نه يجوز لكل واحد منهما ان يطعمها لصاحبه ابتداء قبل الاكل فيجوز ان يحلله بعد الاكل وله ان يضمنه لان من اتلف لم الاضحية يضمن ويتصدق بالقيمة لان القيمة بدل عن اللحم فصار كالمالوغصبه قال وسألت ابا يوسف رحمه الله عن البقرة اذا ذبحها سبعة في الاضحية ايتسمون لحمها جزأاً أو وزناً قال بل وزناً قال قلت فان اقتسموها بحازفة وحلل بعضهم بعضاً قال أكره ذلك قال قلت فأتقول في رجل باع درهما بدرهم فرجح أحدهما فحل صاحبه الرجحان قال هذا جائز لانه لا يقسم معناه أنه هبة المشاع فيما لا يحتمل القسمة وهو الدرهم الصحيح أما عدم جواز القسمة بحازفة فلان فيها معنى التملك واللحم من الاموال الربوية فلا يجوز تملكه بحازفة كسائر الاموال الربوية وأما عدم جواز التحليل فلان الربوى لا يحتمل الحل بالتحليل ولانه في معنى الهبة وهبة المشاع فيما لا يحتمل القسمة لا تصح بخلاف ما اذا رجح الوزن (ومنها) انها تقضى اذا فاتت عن وقتها والكلام فيه في موضعين أحدهما في بيان انها مضمونة بالقضاء في الجملة والثاني في بيان ما تقضى به أما الاول فلان وجوبها في الوقت إلحاق العبودية أو لحق شكر النعمة أو لتكفير الخطايا لان العبادات والقرابات انما تجب لهذه المعاني وهذا لا يوجب الاختصاص بوقت دون وقت فكان الاصل فيها أن تكون واجبة في جميع الاوقات وعلى الدوام بالقدر الممكن الا

أن الاداء في السنة مرة واحدة في وقت مخصوص أقيم مقام الاداء في جميع السنة تيسيراً على العباد فضلاً عن الله عز وجل وزحمة كما أقيم صوم شهر في السنة مقام جميع السنة وأقيم خمس صلوات في يوم وليلة مقام الصلاة أثناء الليل وأطراف النهار فإذا لم يؤد في الوقت بقي الوجوب في غيره لقيام المعنى الذي له وجبت في الوقت وأما الثاني فنقول إنها لا تقضى بالاراقة لأن الاراقة لا تعقل قرباً وإنما جعلت قرباً بالشرع في وقت مخصوص فاقصر كونها قرباً على الوقت المخصوص فلا تقضى بعد خروج الوقت ثم قضاءها قد يكون بالتصدق بعين الشاة حية وقد يكون بالتصدق بقيمة الشاة فإن كان أوجب التضحية على نفسه بشاة بعينها فلم يضحها حتى مضت أيام النحر يتصدق بعينها حية لأن الأصل في الأموال التقرب بالتصدق بها لا بالانلاف وهو الاراقة لأنه نقل الى الاراقة مقبداً في وقت مخصوص حتى يحل تناول لحمه للمالك والاجنبى والغنى والفقير لكون الناس أضياف الله عز شأنه في هذا الوقت فإذا مضى الوقت عاد الحكم الى الأصل وهو التصديق بعين الشاة سواء كان موسراً أو معسراً لما قلنا وكذلك المعسر إذا اشترى شاة ليضحى بها فلم يضح حتى مضى الوقت لأن الشراء للاضحية من الفقير كالنذر للتضحية وأما الموسر إذا اشترى شاة للاضحية فكذلك الجواب ومن المشايخ من قال هذا الجواب في المعسر لأن الشاة المشتراة للاضحية من المعسر تتعين للاضحية فاما من الموسر فلا تتعين بدليل أنه يجوز له التضحية بشاة أخرى في الوقت مع بقاء الاولى وتسقط عنه الاضحية والصحيح أنها تتعين من الموسر أيضاً بلا خلاف بين أصحابنا فان محمد رحمه الله ذكر عقيب جواب المسئلة وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقولنا (ووجهه) ان نية التعمين قارنت الفعل وهو الشراء فوجب تعيين المشتري للاضحية الا أن تعيينه للاضحية لا يمنع جواز التضحية بغيرها كتعيين النصاب لاداء الزكاة منه لا يمنع جواز الاداء بغيره وتسقط عنه الزكاة وهذا لان المتعين لا يزاحمه غيره فاذا ضحى بغيره أو أدى الزكاة من غير النصاب لم يبق الاول متعيناً فكانت الشاة متعينة للتضحية ما لم يضح بغيرها كالزكاة وان كان لم يوجب على نفسه ولا اشترى وهو موسر حتى مضت أيام النحر تصدق بقيمة شاة تجوز في الاضحية لانه اذا لم يوجب ولم يشترط بتعين شيء للاضحية وإنما الواجب عليه اراقة دم شاة فاذا مضى الوقت قبل أن يذبح ولا سبيل الى التقرب بالاراقة بعد خروج الوقت لما قلنا انتقل الواجب من الاراقة والعين أيضاً لعدم التعمين الى القيمة وهو قيمة شاة يجوز ذبحها في الاضحية ولو صار فقيراً بعد مضى أيام النحر لا يسقط عنه التصديق بعين الشاة أو بقيمتها لانه اذا مضى الوقت صار ذلك ديناً في ذمته فلا يسقط عنه فقره بعد ذلك ولو وجب عليه التصديق بعين الشاة فلم يتصدق ولكن ذبحها يتصدق بلحمها ويجزى به ذلك ان لم ينقصها الذبح وان نقصها يتصدق باللحم وقيمة النقصان ولا يحل له أن يأكل منها وان أكل منها شيئاً غرم قيمته ويتصدق بها لما يذكر في موضعه وكذلك لو أوجب على نفسه أن يتصدق بها لا يأكل منها اذا ذبحها بعد وقتها وفي وقتها فهو سواء ومن وجبت عليه الاضحية فلم يضح حتى مضت أيام النحر ثم حضرته الوفاة فعليه أن يوصى بان يتصدق عنه بقيمة شاة من ثلث ماله لانه لما مضى الوقت فقد وجب عليه التصديق بقيمة شاة فيحتاج الى تخليص نفسه عن عهدة الواجب والوصية طريق التخليص فيجب عليه أن يوصى بكافي الزكاة والحج وغير ذلك ولو أوصى بان يضحى عنه ولم يسم شاة ولا بقرة ولا غير ذلك ولم يبين الثمن أيضاً جاز ويقع على الشاة بخلاف ما اذا وكل رجلاً أن يضحى عنه ولم يسم شيئاً ولا ثمناً أنه لا يجوز والفرق ان الوصية تحتل من الجهالة شيئاً لا تحتمله الوكالة فان الوصية بالمجهول والمجهول تصح ولا تصح الوكالة ولو أوصى بان يشتري له شاة بعشرين درهماً فيضحى عنه ان مات فمات ثلثه أقل من ذلك فانه يضحى عنه بما يبلغ الثلث على قياس الحج اذا أوصى بان يحج عنه بمائة وثلاثة أقل من مائة فانه يحج بمائة بخلاف العتق اذا أوصى بان يعتق عنه عبد بمائة وثلاثة أقل ان عند أبي حنيفة رحمه الله تبطل الوصية وعندهما يعتق عنه بما بقي لانه أوصى بمال مقدراً فيما هو قرينة فتنفذ الوصية فيما أمكن كافي الحج (ووجه) الفرق لا بى حنيفة رحمه الله أن مصرف الوصية في العتق هو العبد فكانه أوصى بعبد مو صوف بصفة وهو أن يكون ثمنه مائة فاذا اشترى بأقل

كان هذا غير ما أوصى به فلا يجوز بخلاف الحلي والاضحية فان المصرف ثمة هو الله عز شأنه فسواء كان قيمة الشاة أقل أو مثل ما أوصى به يكون المصرف واحدا والمقصود بالكل واحد وهو القرية وذلك حاصل فيجوز (ومنها) أن وجوبها نسخ كل دم كان قبلها من العقيقة والرجية والعتيرة كذا حكى أبو بكر الكيساني عن محمد رحمه الله أنه قال قد كانت في الجاهلية ذبايح يذبحونها (منها) العقيقة كانت في الجاهلية ثم فعلها المسلمون في أول الاسلام فنسخها ذبح الاضحية فمن شاء فعل ومن شاء لم يفعل (ومنها) شاة كانوا يذبحونها في رجب تدعى الرجية كان أهل البيت يذبحون الشاة فيأكلون ويطبخون ويطعمون فنسخها ذبح الاضحية (ومنها) العتيرة كان الرجل اذا ولدت له الناقة أو الشاة ذبح أول ولد تلده فاكل وأطعم قال محمد رحمه الله هذا كله كان يفعل في الجاهلية فنسخه ذبح الاضحية وقيل في تفسير العتيرة كان الرجل من العرب اذا نذر نذرا أنه اذا كان كذا أو بلغ شاة كذا فعليه أن يذبح من كل عشر منها كذا في رجب والعقيقة الذبيحة التي تذبح عن المولود يوم أسبوعه وانما عرفنا تناسخ هذه الدماء بما روى عن سيدتنا عائشة رضي الله عنها انها قالت نسخ صوم رمضان كل صوم كان قبله ونسخت الاضحية كل ذبح كان قبلها ونسخ غسل الجنابة كل غسل كان قبله والظاهر انها قالت ذلك سمعا من رسول الله صلى الله عليه وسلم لان تناسخ الحكم مما لا يدرك بالا جتهاد ومنهم من روى هذا الحديث مرفوعا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ونسخت الزكاة كل صدقة كانت قبلها وكذا قال أهل التأويل في قوله عز شأنه أشفقتم أن تقدموا بين يدي نجواكم صدقات فاذم فعلا واتب الله عليكم فأقيموا الصلاة وآتوا الزكاة ان ما أمر به من تقديم الصدقة على التجوى مع رسول الله صلى الله عليه وسلم نسخ بقوله جل شأنه وآتوا الزكاة وذكر محمد رحمه الله في العقيقة فمن شاء فعل ومن شاء لم يفعل وهذا يشير الى الاباحة فيمنع كونه سنة وذكر في الجامع الصغير ولا يبق عن الغلام ولا عن الجارية وانه إشارة الى الكراهة لان الحقيقة كانت فضلا ومضى نسخ الفضل لا يبق الا الكراهة بخلاف الصوم والصدقة فانهما كانا من الفرائض لا من الفضائل فاذا نسخت منهما الفرضية يجوز التنفل بهما وقال الشافعي رحمه الله العقيقة سنة عن الغلام شاتان وعن الجارية شاة واحتج بما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم عقى عن الحسن والحسين رضي الله عنهما كبشا وكبشا وانا نقول انها كانت ثم نسخت بدم الاضحية بحديث سيدتنا عائشة رضي الله عنها وكذا روى عن سيدنا علي رضي الله عنه انه قال نسخت الاضحية كل دم كان قبلها والعقيقة كانت قبلها كالعتيرة وروى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن العقيقة فقال ان الله تعالى لا يحب العقوق من شاء فليعق عن الغلام شاتين وعن الجارية شاة وهذا ينفي كون العقيقة سنة لانه عليه الصلاة والسلام علق العق بالمشيئة وهذا امارة الاباحة والله عز شأنه أعلم

فصل وأما محل اقامة الواجب فهذا الفصل يشتمل على بيان جنس المحل الذي يقام منه الواجب ونوعه وجنسه وسننه وقدره وصفته أما جنسه فهو أن يكون من الاجناس الثلاثة الغنم أو الابل أو البقر ويدخل في كل جنس نوعه والذكر والانثى منه والخصى والفحل لا يطلق اسم الجنس على ذلك والمزروع من الغنم والجاموس نوع من البقر بدليل أنه يضم ذلك الى الغنم والبقر في باب الزكاة ولا يجوز في الاضاحي شيء من الوحش لان وجوبها عرف بالشرع والشرع لم يرد بالاجاب الا في المستأنس فان كان متولدا من الوحش والانس فالعبرة بالام فان كانت أهلية يجوز والا فلا حتى ان البقرة الأهلية اذا نزا عليها ثور وحشي فولدت ولدا فانه يجوز أن يضحي به وان كانت البقرة وحشية والثور أهليا لم يجز لان الاصل في الولد الام لانه ينفصل عن الام وهو حيوان متقوم تتعلق به الاحكام وليس ينفصل من الاب الاما مهيمن لا حظ له ولا يتعلق به حكم ولهذا يتبع الولد الام في الرق والحرية الا أنه يضاف الى الاب في بني آدم تشريفا للولد وصيانة له عن الضياع والا فلا يصل أن يكون مضافا الى الام وقيل اذا نزا طلي على شاة أهلية فان ولدت شاة تجوز التضحية بها وان ولدت طليلا لا تجوز وقيل ان ولدت الزمكة من حمار وحشي حمار الا يؤكل وان ولدت فرسا فحكمه حكم الفرس وان ضحي بظبية وحشية ألفت أو ببقرة وحشية ألفت لم يجز لانها

وحشية في الاصل والجوهر فلا يبطل حكم الاصل بعارض نادر والله عز شأنه الموفق وأما سنه فلا يجوز شي مما ذكرنا من الابل والبقر والغنم من الاضحية الا التي من كل جنس الا الجذع من الضأن خاصة اذا كان عظيما لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال ضحوا بالثنايا لأن يعز على أحدكم فيذبح الجذع في الضأن وروى عنه عليه الصلاة والسلام انه قال يحزى الجذع من الضأن عما يحزى فيه الثني من المعز وروى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج الى المصلى فشم قنارا فقال ما هذا فقالوا اضحية ابي بردة فقال عليه الصلاة والسلام تلك شاة لم فجاء أبو بردة فقال يا رسول الله عندي عناق خير من شاتي لم فقال عليه الصلاة والسلام تجزى عنك ولا تجزى عن أحد بعدك وروى عن البراء بن عازب رضي الله عنهما انه قال خطب رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم عيد فقال ان أول نسكم هذه الصلاة ثم الذبح فقام اليه خالي أبو بردة بن دينار فقال يا رسول الله كان يومنا نشتي فيه اللحم فبيحنا فذبحنا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم فأبدلها فقال يا رسول الله عندي ما عز جذع فقال هي لك وليست لاحد بعدك وروى ان رجلا قدم المدينة بغم جذع فلم تنفق معه فذكر ذلك لابي هريرة رضي الله عنه فقال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول نعمت الاضحية الجذع من الضأن وروى الجذع السمين من الضأن فلما سمع الناس هذا الحديث اثم بهوها أي تبادروا الى شرائها وتخصيص هذه القرية بسن دون سن أمر لا يعرف الا بالتوقيف فينبع ذلك (وأما) معاني هذه الاسماء فقد ذكر القدوري رحمه الله ان الفقهاء قالوا الجذع من الغنم ابن ستة أشهر والثني منه ابن سنة والجذع من البقر ابن سنة والثني بن سنتين والجذع من الابل ابن أربع سنين والثني منها ابن خمس وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي في الثني من الابل ما تم له أربع سنين وطعن في الخامسة وذكر الزعفراني في الاضاحي الجذع ابن ثمانية أشهر أو تسعة أشهر والثني من الشاة والمعز ما تم له حول وطعن في السنة الثانية ومن البقر ما تم له حولان وطعن في السنة الثالثة ومن الابل ما تم له خمس سنين وطعن في السنة السادسة وتقدير هذه الاسنان بما قلنا المنع التقصان لان الزيادة حتى لو ضحى بأقل من ذلك سننا لا يجوز ولو ضحى بأكثر من ذلك سننا يجوز ويكون أفضل ولا يجوز في الاضحية حمل ولا جدى ولا عجل ولا فضيل لان الشرع انما ورد بالاسنان التي ذكرناها وهذه لا تسمى بها وأما قدره فلا يجوز الشاة والمعز الا عن واحد وان كانت عظيمة سميعة تساوي شاتين مما يجوز أن يضحي بهما لان القياس في الابل والبقر ان لا يجوز فيهما الاشتراك لان القرية في هذا الباب اراقة الدم وانها لا تحتل التجزئة لانهما ذبح واحد وانما عرفنا جواز ذلك بالخبر فبقى الامر في الغنم على أصل القياس فان قيل أليس انه روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم ضحى بكبشين املحين أحدهما عن نفسه والاخر عن ابنه لا يذبح من أمته فكيف ضحى بشاة واحدة عن أمته عليه الصلاة والسلام (فالجواب) أنه عليه الصلاة والسلام انما فعل ذلك لاجل الثواب وهو انه جعل ثواب تضحيته بشاة واحدة لا مثله لالاجزاء وسقوط التعبد عنهم ولا يجوز بعير واحد ولا بقرة واحدة عن أكثر من سبعة ويجوز ذلك عن سبعة أو أقل من ذلك وهذا قول عامة العلماء وقال مالك رحمه الله يحزى ذلك عن أهل بيت واحد وان زادوا على سبعة ولا يحزى عن أهل بيتين وان كانوا أقل من سبعة والصحيح قول العامة لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم البدنة تجزى عن سبعة والبقرة تجزى عن سبعة وعن جابر رضي الله عنه قال نحرنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم البدنة عن سبعة والبقرة عن سبعة من غير فصل بين أهل بيتين ولان القياس يأبي جوازها عن أكثر من واحد لما ذكرنا ان القرية في الذبح وانما فعل واحد لا يتجزأ لكننا تركنا القياس بالخبر المقتضى للجواز عن سبعة مطلقا فيعمل بالقياس فيما وراءه لان البقرة بمنزلة سبع شياه ثم جازت التضحية بسبع شياه عن سبعة سواء كانوا من أهل بيت أو بيتين فكذا البقرة ومنهم من فصل بين البعير والبقرة فقال البقرة لا تجوز عن أكثر من سبعة فأما البعير فانه يجوز عن عشرة وروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال البدنة تجزى عن عشرة ونوع من القياس يؤيده وهو ان الابل أكثر قيمة من البقر ولهذا فضلت الابل على البقر

في باب الزكاة والديات فتفضل في الاضحية أيضا (ولنا) ان الاخبار اذا اختلفت في الظاهر يجب الاخذ بالاحتياط وذلك فيما قلنا لان جوازه عن سبعة ثابت بالاتفاق وفي الزيادة اختلاف فكان الاخذ بالمتفق عليه اخذا بالمتيقن وأما ما ذكره من القياس فقد ذكرنا ان الاشتراك في هذا الباب معدول به عن القياس واستعمال القياس فيما هو معدول به عن القياس ليس من الفقه ولا شك في جواز بدنة أو بقرة عن أقل من سبعة بان اشتراك اثنين أو ثلاثة أو أربعة أو خمسة أو ستة في بدنة أو بقرة لا نه لما جاز السبع فالزيادة أولى وسواء اتفقت الانصبا في القدر أو اختلفت بان يكون لاحد النصف وللآخر الثلث وللآخر السدس بعد ان لا ينقص عن السبع ولو اشترك سبعة في خمس بقرات أو في أكثر فذبحوها أجزأهم لان لكل واحد منهم في كل بقرة سبعة ولو ضحوا ببقرة واحدة أجزأهم فلا أكثر أولى ولو اشترك ثمانية في سبع بقرات لم يجزهم لان كل بقرة بينهم على ثمانية أسهم فيكون لكل واحد منهم نقص من السبع وكذلك اذا كانوا عشرة أو أكثر فهو على هذا ولو اشترك ثمانية في ثمانية من البقر فضحوا بها لم يجزهم لان كل بقرة تكون بينهم على ثمانية أسهم وكذلك اذا كان البقر أكثر لم يجزهم ولا رابة في هذه الفضول وانما قيل انه لا يجوز بالقياس ولو اشترك سبعة في سبع شياه بينهم فضحوا بها القياس أن لا يجزهم لان كل شاة تكون بينهم على سبعة أسهم وفي الاستحسان يجزهم وكذلك لو اشترى اثنان شاتين للتضحية فضحيا بهما بخلاف عديدين بين اثنين عليهما كفارتان فاعتقاهما عن كفارتيهما انه لا يجوز لان الانصبا تجتمع في الشاتين ولا تجتمع في الرقيق بدليل انه لا يجبر على القسمة في الشاة ولا يجبر في الرقيق ألا ترى انها لا تقسم قسمة جمع في قول أبي حنيفة رضي الله عنه وعلى هذا ينبغي أن يكون في الاول قياس واستحسان والمذكور جواب القياس وأما صفة فهي أن يكون سليما عن العيوب الفاحشة

وسند كرها في بيان شرائط الجواز بعون الله تعالى والله الموفق

فصل ﴿ وأما شرائط جواز اقامة الواجب وهي التضحية فهي في الاصل نوعان نوع يعم ذبح كل حيوان مأكول ونوع يخص التضحية أما الذي يعم ذبح كل حيوان مأكول فقد ذكرناه في كتاب الذبائح وأما الذي يخص التضحية فانواع بعضها يرجع الى من عليه التضحية وبعضها يرجع الى وقت التضحية وبعضها يرجع الى محل التضحية أما الذي يرجع الى من عليه التضحية فمنها نية الاضحية لا تجزى الاضحية بدونها لان الذبح قد يكون للحم وقد يكون للقربة والفعل لا يقع قربة بدون النية قال النبي عليه الصلاة والسلام لا عمل لمن لا نية له والمراد منه عمل هو قربة وللقربة جهات من المتعة والقران والاحصار وجزاء الصيد وكفارة الحلق وغيره من المحظورات فلا تبطل الاضحية الابالنية وقال النبي عليه الصلاة والسلام إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى ويكفيه أن ينوى بقلبه ولا يشترط أن يقول بلسانه ما نوى بقلبه كما في الصلاة لان النية عمل القلب والذكر باللسان دليل عليها ومنها أن لا يشارك المضحى فيما يحتتمل الشركة من لا يريد القربة رأسا فان شارك لم يجز عن الاضحية وكذا هذا في سائر القرب سوى الاضحية اذا شارك المتقرب من لا يريد القربة لم يجز عن القربة كما في دم المتعة والقران والاحصار وجزاء الصيد وغير ذلك وهذا عندنا وعند الشافعي رحمه الله هذا ليس بشرط حتى لو اشترك سبعة في بعير أو بقرة كلهم يريدون القربة الاضحية أو غيرهما من وجوه القرب الا واحد منهم يريد اللحم لا يجزى واحد منهم من الاضحية ولا من غيرهما من وجوه القرب عندنا وعند يجرى (وجه) قوله ان الفعل إنما يصير قربة من كل واحد بنيتة لا بنية صاحبه فقدم النية من أحدهم لا يقدر في قربة الباقي (ولنا) ان القربة في اراقة الدم وانها لا تتجزأ لأنها ذبح واحد فان لم يقع قربة من البعض لا يقع قربة من الباقي ضرورة عدم التجزؤ ولو أرادوا القربة الاضحية أو غيرهما من القرب أجزأهم سواء كانت القربة واجبة أو تطوعا أو وجبت على البعض دون البعض وسواء اتفقت جهات القربة أو اختلفت بان أراد بعضهم الاضحية وبعضهم جزاء الصيد وبعضهم هدى الاحصار وبعضهم كفارة شيء أصابه في أحرامه وبعضهم هدى التطوع وبعضهم دم المتعة والقران وهذا قول اصحابنا الثلاثة وقال

زفر رحمه الله لا يجوز الا اذا اتفقت جهات التربة بان كان الكل بجهة واحدة (وجه) قوله ان القياس يأبى الاشتراك لان الذبح فعل واحد لا يتجزأ فلا يتصور أن يقع بعضه عن جهة وبعضه عن جهة أخرى لانه لا بعض له الا عند الاتحاد فمقد الاتحاد جعلت الجهات كجهة واحدة وعند الاختلاف لا يمكن فبقى الامر فيه مردود الى القياس (ولنا) ان الجهات وان اختلفت صورة فهي في المعنى واحد لان المقصود من الكل التقرب الى الله عز شأنه وكذلك ان أراد بعضهم العقيقة عن ولد وولد له من قبل لان ذلك جهة التقرب الى الله تعالى عز شأنه بالشكر على ما أنعم عليه من الولد كذا ذكر محمد رحمه الله في نوادر الضحايا ولم يذكر ما اذا أراد أحدهم الوليمة وهي ضيافة التزويج وينبغي ان يجوز لانها انما تقام شكر الله تعالى عز شأنه على نعمة النكاح وقد وردت السنة بذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال أولم ولو بشاة فاذا قصد بها الشكر أو إقامة السنة فقد أراد بها التقرب الى الله عز شأنه وروى عن أبي حنيفة رحمه الله كره الاشتراك عند اختلاف الجهة وروى عنه انه قال لو كان هذا من نوع واحد لكان أحب الى وهكذا قال أبو يوسف رحمه الله ولو كان أحد الشركاء ذمياً كتابياً أو غير كتابي وهو يريد اللحم أو أراد التقربة في دينه لم يحزم عندنا لان الكافر تتحقق منه القرابة فكانت نيته ملحقه بالعدم فكان يريد اللحم والمسلم لو أراد اللحم لا يجوز عندنا فالكافر أولى وكذلك اذا كان أحدهم عبداً أو مدبراً ويريد الاضحية لان نيته باطلة لانه ليس من أهل هذه القرابة فكان نصيبه لما فيمتنع الجواز أصلاً وان كان أحد الشركاء ممن يضحى عن ميت جاز وروى عن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يجوز ذكرك في الاصل اذا اشترك سبعة في بدنة فأت أحدهم قبل الذبح فرضي ورثته أن يذبح عن الميت جازاً استحساناً والقياس أن لا يجوز (وجه) القياس انه لم يأت أحد من قد سقط عنه الذبح وذبح الوارث لا يقع عنه اذ الاضحية عن الميت لا يجوز فصار نصيبه اللحم وانه يمنع من جواز ذبح الباقي من الاضحية كما لو أراد أحد اللحم في حال حياته (وجه) الاستحسان أن الموت لا يمنع التقرب عن الميت بدليل أنه يجوز أن يتصدق عنه ويحج عنه وقد صرح أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ضحى بكبشين أحدهما عن نفسه والاخر عن من لا يذبح من أمته وان كان منهم من قدم قبل أن يذبح فدل ان الميت يجوز أن يتقرب عنه فاذا ذبح عنه صار نصيبه للقرابة فلا يمنع جواز ذبح الباقي ولو اشترى رجل بقره يريد أن يضحى بها ثم أشرك فيها بعد ذلك قال هشام سألت أبا يوسف فأخبرني ان أبا حنيفة رحمه الله قال أكره ذلك ويجزى بهم أن يذبحوها عنهم قال وكذلك قول أبي يوسف قال قلت لأبي يوسف ومن نيته أن يشرك فيها قال لا أحفظ عن أبي حنيفة رحمه الله فيها شيئاً ولكن لا أرى بذلك بأساً وقال في الاصل قال رأيت في رجل اشترى بقره يريد أن يضحى بها عن نفسه فأشرك فيها بعد ذلك ولم يشركهم حتى اشتراها فأتاه انسان بعد ذلك فأشركه حتى استكمل يعني انه صار ساراً بهم هل يجزى عنهم قال نعم استحسن وان فعل ذلك قبل أن يشتريها كان أحسن وهذا محمول على الغنى اذا اشترى بقره لا ضحيته لانها لم تتم لوجوب التضحية بها وانما يقيمها عند الذبح بمقام ما يجب عليه أو واجب عليه فيخرج عن عهدة الواجب بالفعل فيما يقيمه فيه فيجوز اشتراكهم فيها وذبحهم الا أنه يكره لما اشتراها ليضحى بها فقد وعد وعدا فيكره أن يخلف الوعد فاما اذا كان فقيراً فلا يجوز له أن يشرك فيها لانه أوجبها على نفسه بالشراء للاضحية فتعين للوجوب فلا يسقط عنه ما أوجبه على نفسه وقد قالوا في مسألة الغنى اذا أشرك بعد ما اشتراها للاضحية انه ينبغي أن يتصدق بالثلث وان لم يذك ذلك محمد رحمه الله لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم دفع الى حكيم بن حزام ديناراً وأمره أن يشتري له أضحية فاشترى شاة فباعها بدينارين واشترى بأحدهما شاة وجاء الى النبي عليه الصلاة والسلام بشاة ودينار وأخبره بما صنع فقال له عليه الصلاة والسلام بارك الله في صفقة يمينك وأمر عليه الصلاة والسلام أن يضحى بالشاة ويتصدق بالدينار لما أنه قصد اخراجه للاضحية كذا ههنا (ومنها) أن تكون نية الاضحية مقارنة للتضحية كما في باب الصلاة لان النية معتبرة في الاصل فلا يسقط اعتبار القران الا لضرورة كما في باب الصوم لعدم قران النية لوقت الشروع لما فيه من الحرج (ومنها) اذن صاحب

الاضحية بالذبح اما نصبا أو دلاله اذا كان الذابح غيره فان لم يوجد لا يجوز لان الاصل فيما عمله الانسان أن يقع للعامل وانما يقع لغيره باذنه وأمره فاذا لم يوجد لا يقع له وعلى هذا يخرج ما اذا غصب شاة انسان فضحى بها عن صاحبها من غير اذنه واجازته انه لا يجوز ولو اشترى شاة للاضحية فأضحيها وشدقوا فيها في أيام النحر فجاء انسان فذبحها جاز استحسانا لوجود الاذن منه دلالة لما بينا فيما تقدم وأما الذي يرجع الى وقت التضحية فهو انها لا تجوز قبل دخول الوقت لان الوقت كما هو شرط الوجوب فهو شرط جواز اقامة الواجب كوقت الصلاة فلا يجوز لاحد أن يضحي قبل طلوع الفجر الثاني من اليوم الاول من أيام النحر ويجوز بعد طلوعه سواء كان من أهل المصر أو من أهل القرى غير أن للجواز في حق أهل المصر شرطاً زائداً وهو أن يكون بعد صلاة العيد لا يجوز تقديمها عليه عندنا وقال الشافعي رحمه الله اذا مضى من الوقت مقدار ما صلى فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم صلاة العيد جازت الاضحية وان لم يصل الامام والصحيح قولنا لما روينا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال من ذبح قبل الصلاة فليعد أضحيته وروى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال أول نسكنا في يومنا هذا الصلاة ثم الذبح وروى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال في حديث البراء بن عازب رضي الله عنه من كان منكم ذبح قبل الصلاة فأنما هي غدوة أطعمه الله تعالى انما الذبح بعد الصلاة فقد رتب النبي عليه الصلاة والسلام الذبح على الصلاة وليس لأهل القرى صلاة العيد فلا يثبت الترتيب في حقهم وان أخر الامام صلاة العيد فليس للرجل أن يذبح أضحيته حتى يتنصف النهار فان اشتغل الامام فلم يصل العيد أو ترك ذلك متممداً حتى زالت الشمس فقد حل الذبح بغير صلاة في الايام كلها لانه لما زالت الشمس فقد فات وقت الصلاة وانما يخرج الامام في اليوم الثاني والثالث على وجه القضاء والترتيب شرط في الاداء في القضاء كذا ذكره القدوري رحمه الله وان كان يصلي في المصر في موضعين بأن كان الامام قد خلف من يصلي بضمفة الناس في الجامع وخرج هو بالآخرين الى المصلي وهو الجبانة ذكر الكرخي رحمه الله اذا صلى أهل أحد المسجدين أيهما كان جاز ذبح الاضحية وذكري في الاصل اذا صلى أهل المسجد فليقاس أن لا يجوز ذبح الاضحية وفي الاستحسان يجوز (وجه) القياس ان صلاة العيد لما كانت شرطاً لجواز الاضحية في حق أهل المصر فاعتبار صلاة أهل أحد الموضعين يقتضي أن يجوز واعتبار صلاة أهل الموضع الآخر يقتضي أن لا يجوز فلا يحكم بالجواز بالشك بل يحكم بعدم الجواز احتياطاً (وجه) الاستحسان ان الشرط صلاة العيد والصلاة في المسجد الجامع تجزى عن صلاة العيد بدليل أنهم لو اقتصر واعلمها جاز ويقع الاكتفاء بذلك فقد وجد الشرط فجاز وكذا في الحديث الذي روينا ترتيب الذبح على الصلاة مطلقاً وقد وجدت ولوسيق أهل الجبانة بالصلاة قبل أهل المسجد لم يذكر هذا في الاصل وقيل لا رواية في هذا وذكر الكرخي رحمه الله ان هذا كصلاة أهل المسجد فعلى قوله يكون فيه قياس واستحسان كما اذا صلى أهل المسجد واختلف المتأخرون منهم من قال يجب أن يكون هذا جائزاً قياساً واستحساناً لان الاصل في صلاة العيد صلاة من في الجبانة وانما يصلي من يصلي في المسجد لعذر فوجب اعتبار الاصل دون غيرهم ومنهم من أثبت فيه القياس والاستحسان كما في المسئلة الاولى ووجهها ما ذكرنا ومنهم من قال لا يجوز الاضحية بصلاة أهل الجبانة حتى يصلي أهل المسجد لان الصلاة في المسجد هي الاصل بدليل سائر الصلوات وانما يخرج الامام الى الجبانة لضرورة ان المسجد لا يتسع لهم فيجب اعتبار الاصل ولو ذبح والامام في خلال الصلاة لا يجوز وكذا اذا ضحى قبل أن يقعد قدر التشهد ولو ذبح بعد ما قعد قدر التشهد قبل السلام قالوا على قياس قول أبي حنيفة رحمه الله لا يجوز كما لو كان في خلال الصلاة وعلى قياس قول أبي يوسف ومحمد رحمه الله يجوز بناء على أن خروج المصلي من الصلاة بصفة فرض عنده وعندهما ليس بفرض ولو ضحى قبل فراغ الامام من الخطبة أو قبل الخطبة جاز لان النبي عليه الصلاة والسلام رتب الذبح على الصلاة لا على الخطبة فيمار وينامن الاحاديث فدل ان العبرة للصلاة لا للخطبة ولو صلى الامام صلاة العيد وذبح رجل أضحيته ثم تبين أنه يوم عرفه فعلى الامام أن يعيد

الصلاة من الصد وعلى الرجل أن يعيد الاضحية لانه تبين ان الصلاة والاضحية وقتا قبل الوقت فلم يحز وان تبين ان الامام كان على غير وضوء فان علم ذلك قبل أن يتفرق الناس يعيدهم الصلاة باتفاق الروايات وهل يجوز ما ضحى قبل الاعادة ذكر في بعض الروايات انه يجوز لانه ذبح بعد صلاة يحجزها بعض الفقهاء وهو الشافعي رحمه الله لان فساد صلاة الامام لا يوجب فساد صلاة المقتدى عنده فكانت تلك صلاة معتبرة عنده فعلى هذا يعيد الامام وحده ولا يعيد القوم وذلك استحسانا وذكر في اختلاف زفر رحمه الله أنه يعيدهم الصلاة ولا يجوز ما ضحى قبل اعادة الصلاة وان تفرق الناس عن الامام ثم علم بعد ذلك فقد ذكر في بعض الروايات ان الصلاة لا تعاد وقد جازت الاضحية عن المضحى لانها صلاة قد جازت في قول بعض الفقهاء فترك اعادتها بعد تفرق الناس أحسن من أن ينادى الناس أن يجتمعوا وانبا وهو أيسر من أنه تبطل أضاحيهم وروى عن أبي خنيفة رحمه الله انه تعاد الاضحية ولا تعاد بهم الصلاة لان اعادة الاضحية أيسر من اعادة الصلاة وروى أيضا أنه ينادى بهم حتى يجتمعوا ويعيدهم الصلاة قال البلخي رحمه الله فعلى هذا القياس لا تحجز ذبيحة من ذبح قبل اعادة الصلاة إلا أن تكون الشمس قد زالت فتجزي ذبيحة من ذبح في قولهم جميعا وسقطت عنهم الصلاة ولو شهد ناس عند الامام بعد نصف النهار وبعد ما زالت الشمس ان ذلك اليوم هو العاشر من ذي الحجة جاز لهم أن يضجوا ويخرج الامام من الغد فيصلي بهم صلاة العيد وان علم في صدر النهار انه لم النحر فشغل الامام عن النحر وج أو غفل فلم يخرج ولم يامر أحدا يصلي بهم فلا ينبغي لأحد أن يضحى حين يصلي الامام الى أن تزول الشمس فاذا زالت قبل أن يخرج الامام ضحى الناس وان ضحى أحد قبل ذلك لم يحز ولو صلى الامام صلاة العيد وذبح رجل أضحيته ثم تبين للامام ان يوم العيد كان بالامس جازت الصلاة وجاز للرجل أضحيته ولو وقعت فتنة في مصر ولم يكن لها امام من قبل السلطان يصلي بهم صلاة العيد فالقياس في ذلك أن يكون وقت النحر في ذلك المصير بعد طلوع الفجر يوم النحر بمنزلة القرى التي لا يصلي فيها ولكن يستحسن أن يكون وقت نحرهم بعد زوال الشمس من يوم النحر لان الموضع موضع الصلاة ألا ترى ان الامام لو كان حاضرا كان عليهم أن يصلوا الا أنه امتنع أدائها العارض فلا يتغير حكم الاصل كما لو كان الامام حاضرا فلم يصل لعارض أسباب من مرض أو غير ذلك وهناك لا يجوز الذبح الا بعد الزوال كذا ههنا ولو ذبح أضحيته بعد الزوال من يوم عرفة ثم ظهر ن ذلك اليوم كان يوم النحر جازت الاضحية عندنا لان الذبح حصل في وقته فيجز به والله عز شأنه أعلم هذا اذا كان من عليه الاضحية في المصير والشاة في المصير فان كان هوف المصير والشاة في الرستاق أو في موضع لا يصلي فيه وقد كان أمر أن يضجوا عنه فضجوا بها بعد طلوع الفجر قبل صلاة العيد فانها لا تحجز به وعلى عكسه لو كان هوف الرستاق والشاة في المصير وقد أمر من يضحى عنه فضجوا بها قبل صلاة العيد فانها لا تحجز به وانما يعتبر في هذا المكان الشاة لا مكان من عليه هكذا ذكر محمد عليه الرحمة في النوادر وقال انما نظر الى محل الذبح ولا نظر الى موضع المذبح عنه وهكذا روى الحسن عن أبي يوسف رحمه الله يعتبر المكان الذي يكون فيه الذبح ولا يعتبر المكان الذي يكون فيه المذبح عنه وانما كان كذلك لان الذبح هو القرية فيعتبر مكان فعلها لا مكان المفعول عنه وان كان الرجل في مصر وأهله في مصر آخر فكتب اليهم أن يضجوا عنه روى عن أبي يوسف أنه اعتبر مكان الذبيحة فقال ينبغي لهم أن لا يضجوا عنه حتى يصلي الامام الذي فيه أهله وان ضجوا عنه قبل أن يصلي لم يحزه وهو قول محمد عليه الرحمة وقال الحسن بن زياد انتظرت الصلاةين جميعا وان شكوا في وقت صلاة المصير الآخر انتظرت به الزوال فعنده لا يذبحون عنه حتى يصلوا في المصيرين جميعا وان وقع لهم الشك في وقت صلاة المصير الآخر لم يذبحوا حتى تزول الشمس فاذا زالت ذبحوا عنه (وجه) قول الحسن ان فيما قلنا اعتبار الحالين حال الذبح وحال المذبح عنه فكان أولى ولا يي يوسف ومحمد رحمه الله ان القرية في الذبح والقرية في المذبح تعتبر وقتها في حق فاعلها لا في حق المفعول عنه ويجوز الذبح في أيام النحر نهرها ولياليها وهما ليلتان ليلة اليوم الثاني وهي ليلة الحادي عشر وليلة اليوم الثالث وهي ليلة الثاني عشر

عشر ولا يدخل فيها ليلة الاضحى وهى ليلة العاشر من ذى الحجة لقول جماعة من الصحابة رضى الله عنهم أيام النحر ثلاثة وذكر الأيام يكون ذكر الليالي لغة قال الله عز شأنه فى قصة زكريا عليه الصلاة والسلام ثلاثة أيام الارمرا وقال عز شأنه فى موضع آخر ثلاث ليال سوي والقصة قصة واحدة الا أنه لم يدخل فيها الليلة العاشرة من ذى الحجة لانه استتبعها النهار الماضى وهو يوم عرفة بدليل ان من أدركها فقد أدرك الحج كالمو أدرك النهار وهو يوم عرفة فاذا جعلت تابعة للنهار الماضى لا تتبع النهار المستقبل فلا تدخل فى وقت التضحية وتدخل الليلتان بعدها غير أنه يكره الذبح بالليل لانه ليس بوقت للتضحية بل للمعنى آخر ذكرناه فى كتاب الذبائح والله عز شأنه أعلم وأما الذى يرجع الى محل التضحية فنوعان أحدهما سلامة الحل عن العيوب الفاحشة فلا تجوز العمياء ولا العوراء البين عورها والعرجاء البين عرجها وهى التى لا تقدر تمشى برجلها الى المنسك والمرضىة البين مرضها والعجفاء التى لا تنقى وهى الممزولة التى لا تنقى لها وهو المنع ومقطوعة الاذن والالية بالكلية والتى لا أذن لها فى الحلقة وسئل محمد رحمه الله عن ذلك فقال لا يكون ذلك فان كان لا يجزى ويجزى السكاه وهى صغيرة الاذن ولا يجوز مقطوعة احدى الاذنين بكاملها والتى لها اذن واحدة خلقة والاصل فى اعتبار هذه الشروط ما روى عن البراء بن عازب رضى الله عنهما أنه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا تجزى من الضحايا أربع العوراء البين عورها والعرجاء البين عرجها والمرضىة البين مرضها والعجفاء التى لا تنقى وروى عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال استشرفوا العين والاذن أى تأملوا سلامتهما عن الآفات وروى أنه عليه الصلاة والسلام نهى أن يضحي بعضباء الاذن ولو ذهب بعض هذه الاعضاء دون بعض من الاذن والالية والذنب والعين ذكر فى الجامع الصغير ينظر فان كان الذاهب كثيرا يمنع جواز التضحية وان كان يسيرا لا يمنع لان اليسير مما لا يمكن التحرز عنه اذ الحيوان لا يخلو عن عادة فلو اعتبرنا لما ضاق الامر على الناس ووقعوا فى الحرج واختلف أصحابنا فى الحد الفاصل بين القليل والكثير فعن أبى حنيفة رحمه الله أربع روايات روى محمد رحمه الله عنه فى الاصل وفى الجامع الصغير أنه ان كان ذهب الثلث أو أقل جاز وان كان أكثر من الثلث لا يجوز وروى أبو يوسف رحمه الله أنه ان كان ذهب الثلث لا يجوز وان كان أقل من ذلك جاز وقال أبو يوسف رحمه الله ذكرت قولى لابى حنيفة رحمه الله فقال قولى مثل قولك وقول أبى يوسف أنه ان كان الباقي أكثر من الذاهب يجوز وان كان أقل منه أو مثله لا يجوز وروى أبو عبد الله الباخي عن أبى حنيفة رضى الله عنه أنه اذا ذهب الربع لم يجزه وذكر الكرخى قول محمد مع قول أبى حنيفة فى روايته عنه فى الاصل وذكر القاضى فى شرحه مختصر الطحاوى قوله مع قول أبى يوسف (وجه) قول أبى يوسف وهو احدى الروايات عن أبى حنيفة ان القليل والكثير من الاسماء الاضافية فما كان مضافه أقل منه يكون كثيرا وما كان أكثر منه يكون قليلا الا أنه قد قال بعدم الجواز اذا كان اسواء احتياطاً لا اجتماع جهة الجواز وعدم الجواز الا أنه يعتبر بقاء الاكثر للجواز ولم يوجد وروى عن النبي عليه الصلاة والسلام انه نهى عن العضباء قال سعيد ابن المسيب العضباء التى ذهب أكثر أذنهما فقد اعتبر النبي عليه الصلاة والسلام الاكثر وأما وجه رواية اعتبار الربع كثيرا فلا نه يلحق بالكثير فى كثير من المواضع كما فى مسح الرأس والحلق فى حق المحرم فى موضع الاحتياط أولى وأما وجه رواية اعتبار الثلث كثيرا فلقول النبي عليه الصلاة والسلام فى باب الوصية الثلث والثلث كثير جعل عليه الصلاة والسلام الثلث كثيرا مطلقاً وأما وجه رواية اعتباره قليلا فاعتباره بالوصية لان الشرع جواز الوصية بالثلث ولم يجوز بما زاد على الثلث فدل أنه اذا لم يزد على الثلث لا يكون كثيرا وأما الهتمام وهى التى لا أسنان لها فان كانت ترى وتختلف جازت والا فلا وذكر فى المتن عن أبى حنيفة رحمه الله أنه ان كان لا يمنعها عن الاعتلاف تجزى به وان كان يمنعها عن الاعتلاف الا ان يصب فى جوفها صاباً لم تجزى وقال أبو يوسف فى قول لا تجزى سواء اعتلفت أو لم تعتلف وفى قول ان ذهب أكثر أسنانها لا تجزى كما قال فى الاذن والالية والذنب وفى قول ان بقى من أسنانها قدر ما تعتلف تجزى والا فلا وتجوز التولاء وهى الجنونة الا اذا كان ذلك يمنعها عن الرعى والاعتلاف فلا تجوز لانه يفضى الى

هلا كما فكان عيباً فحشاً وتجاوز الجرباء اذا كانت سمينة فان كانت مهزولة لا تجوز وتحزى الجاء وهي التي لا
 قرن لها خلقه وكذا مكسورة القرن تحزى لما روى ان سيدنا علياً رضي الله عنه سئل عن القرن فقال لا يضرك امرنا
 رسول الله صلى الله عليه وسلم أن نستشرف العين والاذن وروى ان رجلاً من همدان جاء الى سيدنا علي رضي الله
 عنه فقال يا أمير المؤمنين البقرة عن كم قال عن سبعة ثم قال مكسورة القرن قال لا ضير ثم قال عرجاء فقال اذا بلغت المنسك
 ثم قال سيدنا علي كرم الله وجهه أمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم اننا نستشرف العين والاذن فان بلغ الكسر
 المشاش لا تجزى به والمشاش رؤس العظام مثل الركبتين والمرفقين وتحزى الشرقاء وهي مشقوقة الاذن طولاً وما
 روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى أن يضحي بالشرقاء والخرقاء والمقابلة والمدبرة فالخرقاء هي مشقوقة
 الاذن والمقابلة هي التي تقطع من مقدم أذننا شيء ولا بيان بل يترك معلقاً والمدبرة أن يفعل ذلك بمؤخر الاذن من
 الشاة فالنهي في الشرقاء والمقابلة والمدبرة محمول على الندب وفي الخرقاء على الكثير على اختلاف الاقوال في حد
 الكثير على ما بينا ولا بأس بما فيه سمة في أذنه لأن ذلك لا يعد عيباً في الشاة ولأنه عيب يسير أولان السمة لا يخلو عنها
 الحيوان ولا يمكن التحرز عنها ولو اشترى رجل أضيحية وهي سمينة فمجهت عنده حتى صارت بحيث لو اشترىها على
 هذه الحالة لم تجزى لم تجزها ان كان موسراً وان كان معسراً أجزأته لان الموسر تجب عليه الاضيحية في ذمته وانما أقام ما اشترى
 لها مقام ما في الذمة فاذا قصبت لا تصلح أن تقام مقام ما في الذمة فبقى ما في ذمته بحاله وأما الفقير فلا أضيحية في ذمته فاذا
 اشترىها للاضيحية فقد تعينت الشاة المشتراة للقرية فكان ثعبانها كهيلا كما حتى لو كان الفقير أو جيب على نفسه أضيحية
 لا تجوز هذه لأنها وجب عليه بإيجابه فصارت كالغنى الذي وجبت عليه بإيجاب الله عز شأنه ولو اشترى أضيحية وهي
 صحيحة ثم أعورت عنده وهو موسر أو قطعت أذنها كلها أو أليتها أو ذنبها أو أنكرت رجلها فلم تستطع أن تمشي لا
 تجزى عنه وعليه مكانها أخرى لما بينا بخلاف الفقير وكذلك ان ماتت عنده أو سرت ولو قدم أضيحية ليذبحها
 فاضطربت في المكان الذي يذبحها فيه فانكرت رجلها ثم ذبحها على مكانها أجزأه وكذلك اذا انقابت منه الشفرة
 فاصابت عينها فذهبت والقياس أن لا تجوز (وجه) القياس ان هذا عيب دخلها قبل تعيين القرية فيها فصارت كالوكان
 قبل حال الذبح (وجه) الاستحسان ان هذا مما لا يمكن الاحتراز عنه لان الشاة تضطرب فتلتحقها العيوب من
 اضطرابها وروى عن أبي يوسف أنه قال لو عالج أضيحية ليذبحها فكسرت أو أعورت فذبحها ذلك اليوم أو من الغد
 فانهما تجزى لان ذلك النقصان لم يمتد به في الحال لو ذبحها فكذلك في الثاني كالنقصان اليسير والله عز شأنه أعلم والثاني
 ملك المحل وهو أن يكون المضحى ملك من عليه الاضيحية فان لم يكن لا تجوز لان التضحية قرينة ولا قرينة في الذبح
 بملك الغير بغير إذنه وعلى هذا يخرج ما اذا اغتصب شاة انسان فضحى بها عن نفسه أنه لا تجزى له لعدم الملك ولا عن
 صاحبها لعدم الاذن ثم ان أخذها صاحبها مذبوحة وضمنه النقصان فكذلك لا تجوز عن التضحية وعلى كل واحد
 منهما أن يضحي باخرى لما قلنا وان ضمنه صاحبها قيمتها حية فانها تجزى عن الذابح لانه ملكها بالضمان من وقت
 النصب بطريق الظهور والاستناد فصارت باجها شاة هي ملكه فتجزيه لكنه يأثم لان ابتداء فعله وقع محظوراً فتلزمه
 التوبة والاستغفار وهذا قول أصحابنا الثلاثة وقال زفر لا تجزى عن الذابح أيضاً بناء على ان المضمومات تملك بالضمان
 عندنا وعند زفر لا تملك وبه أخذ الشافعي وأصل المسئلة في كتاب الغصب وكذلك اذا اغتصب شاة انسان كان
 اشترىها للاضيحية فضحىها عن نفسه بغير امره لما قلنا وكذلك الجواب في الشاة المستحقة بان اشترى شاة ليضحي
 بها فضحى بها ثم استحقها رجل بالينة أنه ان أخذها المستحق مذبوحة لا تجزى عن واحد منهما وعلى كل واحد منهما
 أن يضحي بشاة أخرى مادام في أيام النحر وان مضت أيام النحر فعلى الذابح أن يتصدق بقيمة شاة وسط ولا يلزمه
 التصدق بقيمة تلك الشاة المشتراة لانه بالاستحقاق تبين ان شراءه اياها للاضيحية والعدم بمنزلة بخلاف ما اذا اشترى
 شاة للاضيحية ثم باعها حيث يلزمه التصدق بقيمتها لان شراءه اياها للاضيحية قد صح لوجود الملك فيجب عليه

التصدق بقيمتها وان تركها عليه وضمنه قيمتها جاز الذبح عندنا كإفى الغصب ولو أودع رجل رجلاً شاة يضحى بها المستودع عن نفسه يوم النحر فاختر صاحبها القيمة ورضى بها فاخذها فانما لا تجزى المستودع من أضحيته بخلاف الشاة المغصوبة والمستحقة ووجه الفرق ان سبب وجوب الضمان ههنا هو الذبح والملك ثبت بعد تمام السبب وهو الذبح فكان الذبح مصداقاً لملك غيره فلا يجوز له بخلاف الغاصب فإنه كان ضامناً قبل الذبح لوجود سبب وجوب الضمان وهو الغصب السابق فعند اختيار الضمان أو أدائه يثبت الملك له من وقت السبب وهو الغصب فالذبح صادف ملك نفسه فجاز وكل جواب عرفته في الودعة فهو الجواب في العارية والاجارة بان استعار ناقة أو ثوراً أو بعيراً أو استأجره فضحى به أنه لا يجوز به عن الاضحية سواء أخذها المالك أو ضمنه القيمة لأنها أمانة في يده وإنما يضمها بالذبح فصار كالودعة ولو كان مهوراً ينبغي أن يجوز لانه يصير ماله من وقت القبض كإفى الغصب بل أولى ومن المشايخ من فصل في الرهن تفصيلاً لا بأس به فقال ان كان قدر الرهن مثل الدين أو أقل منه يجوز فاما اذا كانت قيمته أكثر من الدين فينبى أن لا يجوز لانه اذا كان كذلك كان بعضه مضموناً وبعضه أمانة ففى قدر الامانة إنما يضمها بالذبح فيكون بمنزلة الودعة ولو اشترى شاة يبيعاً فاسد اقتبضها فضحى بها جاز لانه يملكها بالقبض وللبائع أن يضمه قيمتها حية ان شاء وان شاء أخذها مذبوحة لان الذبح لا يبطل حقه في الاسترداد فان ضمنه قيمتها حية فلا شيء على المضحى وان أخذها مذبوحة فعلى المضحى أن يتصدق بقيمتها مذبوحة لانه بالرد أسقط الضمان عن نفسه فصار كأنه باعها بمقدار القيمة التي وجبت عليه وكذلك لو وهب له شاة هبة فاسدة فضحى بها فالواهب بالخيار ان شاء ضمنه قيمتها حية وتجوز الاضحية وياً كل منها وان شاء استردها واسترد قيمة النقصان وضمن الموهوب له قيمتها فيتصدق بها اذا كان بعد مضى وقت الاضحية وكذلك المريض مرض الموت لو وهب شاة من رجل في مرضه وعليه دين مستغرق فضحى بها الموهوب له فالغرماء بالخيار ان شاءوا استردوا عينا وعليه أن يتصدق بقيمتها وان شاءوا ضمنوه قيمتها فتجوز الاضحية لان الشاة كانت مضمونة عايه فاذا ردها فقد أسقط الضمان عن نفسه كما قلنا في البيع الفاسد ولو اشترى شاة بثوب فضحى بها المشتري ثم وجد البائع بالتوب عيباً فرده فهو بالخيار ان شاء ضمنه قيمة الشاة ولا يتصدق المضحى ويجوز له الاكل وان شاء استردها ناقصة مذبوحة فبعد ذلك ينظر ان كانت قيمة الثوب أكثر يتصدق بالتوب كأنه باعها بالتوب وان كانت قيمة الشاة أكثر يتصدق بقيمة الشاة لان الشاة كانت مضمونة عليه فبرد ما أسقط الضمان عن نفسه كأنه باعها بثمن ذلك القعد من قيمتها فيتصدق بقيمتها ولو وجد بالشاة عيباً فالبايع بالخيار ان شاء قبلها ورد الثمن ويتصدق المشتري بالثمن الا حصة النقصان لانه لم يوجب حصة النقصان على نفسه وان شاء لم يقبل ورد حصة العيب ولا يتصدق المشتري بها لان ذلك النقصان لم يدخل في القرية وإنما دخل في القرية ما ذبح وقد ذبح ناقصاً الى جزاء الصيد فانه ينظر ان لم يكن مع هذا العيب عدلاً للصيد فعليه أن يتصدق بالفضل لما ذكر ولو وهب لرجل شاة فضحى بها الموهوب له أجزأته عن الاضحية لانه ملكها بالهبة والقبض فصار كالمالكها بالشراء فلو أنه ضحى بها ثم أراد الواهب أن يرجع في هبته فعند أبي يوسف رحمه الله ليس له ذلك بناء على أن الاضحية بمنزلة الوقف عنده فاذا ذبحها الموهوب له عن أضحيته أو وجبها لأضحية لا يملك الرجوع فيها كما لو أعتق الموهوب له العبد أنه يقطع حق الواهب عن الرجوع كذا ههنا وعند محمد عليه الرحمة له ذلك لان الذبح نقصان والنقصان لا يمنع الرجوع ولا يجب على المضحى أن يتصدق بشيء لان الشاة لم تكن مضمونة عليه فصار في الحكم بمنزلة ابتداء الهبة ولو وهبها أو استهلكها لاشئ عليه هذا ولو كان هذا في جزاء الصيد أو في كفارة الخلق أو في موضع يجب عليه التصديق بالحم فاذا رجع الواهب في الهبة فعليه أن يتصدق بقيمتها لان التصديق واجب عايه فصار كما اذا استهلكها ولا نه ذبح شاة لغيره حق الرجوع فيها فصار كأنه هو الذى دفع اليه والرجوع في الهبة بقضاء وبغير قضاء سواء في هذا الفصل يفترق الجواب بين ما يجب صدقة وبين ما لا يجب

وفي القبول الاول يستوى الجواب بينهما ولو وهب المريض مرض الموت شاة لانسان وقبضها الموهوب له فضحاها ثم مات الواهب من مرضه ذلك ولا مال له غير هافا لورثة بالخيار ان شاءوا ضمنوا الموهوب له ثلثي قيمتها حية وان شاءوا أخذوا ثلثيها مذبوحة فان ضمنوه ثلثي قيمتها حية فلا شيء على الموهوب له لانها لو كانت مغبوبة فضمن قيمتها لاشي عليه غير ذلك فهذه أولى وان أخذوا ثلثيها اختلف المشايخ فيه قال بعضهم القياس أن يتصدق بثلثي قيمتها حية لان الموهوب له قد ضمن ثلثي قيمتها حية ثم سقط عنه ثلث قيمتها حية بأخذ الورثة منه ثلث الشاة مذبوحة فصار كأنه باعها بذلك وقضى ديناً عليه بثلثي الشاة فعليه أن يتصدق بذلك القدر وقال بعضهم لاشي عليه الا ثلثي قيمتها مذبوحة لان الورثة لما أخذوا ثلثيها مذبوحة فقد أبرأوا الموهوب له من فضل ما بين ثلثي قيمتها حية الى ثلثي قيمتها مذبوحة فلا يجب على الموهوب له الا ثلثا قيمتها مذبوحة وهكذا ذكر في نوادر الضحايا عن محمد عليه الرحمة في هذه المسألة أن الورثة بالخيار ان شاءوا ضمنوا ثلثي قيمة الشاة وسلموا له لحمها وان شاءوا أخذوا ثلثي لحمها وكانوا شر كاه فيها فان ضمنوا ثلثي القيمة أجزأت عنه الاضحية وان شاركوه فيها وأخذوا ثلثي لحمها فعليه أن يتصدق بثلثي قيمتها مذبوحة وقد أجزأت عنه من قبل أنه ذبحها وهو يملكها والله عز شأنه أعلم

فصل وأما بيان ما يستحب قبل التضحية وعندها وبعدها وما يكره أما الذي هو قبل التضحية فيستحب أن يرطبا الاضحية قبل أيام البحر بأيام لم ينفى من الاستعداد للقرية واطهار الرغبة فيها فيكون له فيه أجر وثواب وأن يقدها ويحلبها اعتباراً بالهدايا والجامع أن ذلك يشعر بتعظيمها قال الله تعالى ذلك ومن يعظم شعائر الله فانها من تقوى القلوب وأن يسوقها الى المنسك سوقاً جميلاً لا عنيفاً وان لا يحير برجلها الى المذبح كما ذكرنا في كتاب الذبائح ولو اشترى شاة للاضحية فيكره أن يحلبها أو يحجز صوفها فينتفع به لانه عنها للقرية فلا يحل له الا نتفاع بحجزه من أجزائها قبل اقامة القرية فيها كما لا يحل له الا نتفاع بلحمها اذا ذبحها قبل وقتها ولان الحلب والحجز يوجب تقصفاً فيها وهو ممنوع عن ادخال النقص في الاضحية ومن المشايخ من قال هذا في الشاة المندورة بما بينهما من المعسر أو الموسر أو الشاة المشتراة للاضحية من المعسر فأما المشتراة من الموسر للاضحية فلا بأس أن يحلبها ويحجز صوفها لان في الاول تعيينت الشاة لوجوب التضحية بها بدليل أنه لا تقوم التضحية بغيرها مقامها واذا تعينت لوجوب التضحية بها بتعيينه لا يجوز له الرجوع في جزء منها وفي الثاني لم تعين للوجوب بل الواجب في ذمته وانما يسقط بها ما في ذمته بدليل أن غيرها يقوم مقامها فكانت جائزة الذبح لا واجبة الذبح والجواب على نحو ما ذكرنا في تقدم أن المشتراة للاضحية متعينة للقرية الى أن يقام غيرها مقامها فلا يحل الانتفاع بها مادامت متعينة ولهذا لا يحل له لحمها اذا ذبحها قبل وقتها فان كان في ضرعها لبن وهو يخاف عليها أن يحلبها نضح ضرعها بالماء البارد حتى يتقاص اللبن لانه لا سبيل الى الحلب ولا وجه لا بقائها كذلك لانه يخاف عليها الهلاك فيتضرر به فتمن نضح الضرع بالماء البارد لينقطع اللبن فيندفع الضرر فان حلب تصدق باللبن لانه جزء من شاة متعينة للقرية بما أقيمت فيها القرية فكان الواجب هو التصديق به كما لو ذبحت قبل الوقت فعليه أن يتصدق بمثله لانه من ذوات الامثال وان تصدق بقيمته جاز لان القيمة تقوم مقام العين وكذلك الجواب في الصوف والشعر والوبر ويكره له بيعها لما قلنا ولو باع جاز في قول أبي حنيفة ومحمد عليهما الرحمة لانه بيع مال مملوك منتفع به مقدور التسليم وغير ذلك من شرائط فيجوز وعند أبي يوسف رحمه الله لا يجوز لما روى عنه انه بمنزلة الوقف ولا يجوز بيع الوقف ثم اذا جاز بيعها على أصلها فعليه مكانها مثلاً أو أرفع منها فيضحى بها فان فعل ذلك فليس عليه شيء آخر وان اشترى دونها فعليه أن يتصدق بفضل ما بين القيمتين ولا ينظر الى الثمن وانما ينظر الى القيمة حتى لو باع الاولى بأقل من قيمتها واشترى الثانية بأكثر من قيمتها وثمن الثانية أكثر من ثمن الاولى يجب عليه أن يتصدق بفضل قيمة الاولى فان ولدت الاضحية ولدًا يذبح ولدها مع الام كذا ذكر في الاصل وقال أيضاً وان باعه يتصدق بثمنه لان الام تعينت للاضحية والولد يحدث على وصف الام في الصفات الشرعية فيسرى الى

الولد كالرق والحربة ومن المشايخ من قال هذا في الاضحية الموجبة بالنذر كالفقير اذا اشترى شاة للاضحية فأما
الموسر اذا اشترى شاة للاضحية فولدت لا يتبعها ولدها لان في الاول تعين الوجوب فيسرى الى الولد وفي الثاني لم
يتعين لانه لا تجوز التضحية بغيرها فكذا ولدها وذكر القدوري رحمه الله وقال كان أصحابنا يقولون يجب ذبح
الولد ولو تصدق به جاز لان الحق لم يسر اليه ولكنه متعلق به فكان كجلا لها وخطاها فان ذبحه تصدق بقيمته وان باعه
تصدق بثمنه ولا يبيعه ولا يأكله وقال بعضهم لا ينبغي له أن يذبحه وقال بعضهم انه بالخيار ان شاء ذبحه أيام النحر وأكل
منه كلام وان شاء تصدق به فان أمسك الولد حتى مضت أيام النحر تصدق به لانه فات ذبحه فصارت كالشاة المنذورة
وذكر في المنتقى اذا وضعت الاضحية فذبح الولد يوم النحر قبل الام أجزأه فان تصدق به يوم الاضحية قبل أن يعلم
فعليه أن يتصدق بقيمته قال القدوري رحمه الله وهذا على أصل محمد عليه الرحمة ان الصغار تدخل في الهدايا ويجب
ذبحها ولو ولدت الاضحية تعلق بولدها من الحكم ما يتعلق بها فصارت كالوفات بمضي الايام ويكره له ركوب الاضحية
واستعمالها والحمل عليها فان فعل فلا شيء عليه الا أن يكون تقصها ذلك فعليه أن يتصدق بتقصها ولو أجزأها صاحبها
ليحمل عليها قال بعض المشايخ ينبغي أن يفرم ما تقصها الحمل فانه ذكر في المنتقى في رجل أهدى ناقة ثم أجزأها ثم حمل
عليها فان صاحبها يفرم ما تقصها ذلك ويتصدق بالكراء كذا ههنا (وأما) الذي هو في حال التضحية فبعضها يرجع الى
نفس التضحية وبعضها يرجع الى من عليه التضحية وبعضها يرجع الى الاضحية وبعضها يرجع الى وقت التضحية
وبعضها يرجع الى آلة التضحية أما الذي يرجع الى نفس التضحية فمأذ كذا في كتاب الذبايح وهو ان المستحب هو
الذبح في الشاة والبقر والنحر في الابل ويكره القلب من ذلك وقطع العروق الاربعة كلها والتذيف في ذلك وأن
يكون الذبح من الحلقوم لا من القفا (وأما) الذي يرجع الى من عليه التضحية فالأفضل أن يذبح بنفسه ان قدر عليه لانه
قربة فباشرتها بنفسه أفضل من توليتها غيره كسائر القربات والدليل عليه ما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
ساق مائة بدنة فنحر منها نيفا وستين بيده الشريفة عليه الصلاة والسلام ثم أعطى المدينة سيدنا علياً رضي الله عنه
فنحر الباقيين وهذا اذا كان الرجل يحسن الذبح وقد روى عنه ما اذا لم يحسن فتوليته غيره فيه أولى وقد روى عن أبي
حنيفة رضي الله عنه انه قال نحررت بدنة قائمة معقولة فلم أشق عليها فكذت أهلها ناسا لانها نكرت فاعتقدت أن
لا أنحرها الا بركة معقولة وأولى من هو أقدر على ذلك مني وفي حديث أنس رضي الله عنه أن النبي عليه الصلاة
والسلام ضحى بكبشين أملحين أقرنين قال أنس فرأيت النبي عليه الصلاة والسلام واضعاً قدمه على صفاحهما
أي على جوانب عنقهما وهو يذبحهما بيده عليه الصلاة والسلام مستقبلاً القبلة فذبح الاول فقال بسم الله والله أكبر
اللهم هذا عن محمد وعن آل محمد ثم ذبح الآخر وقال عليه الصلاة والسلام اللهم هذا عن شهدك بالتوحيد وشهد
لي بالبلاغ ويستحب أن يكون الذبايح حال الذبح متوجها الى القبلة لما روي بنا واذا لم يذبح بنفسه يستحب له أن يامر
مسلماً فان أمر كتابياً يكره لما قلنا ويستحب أن يحضر الذبح لما روى عن سيدنا علي رضي الله عنه أن النبي عليه
الصلاة والسلام قال لسيدتنا فاطمة رضي الله عنها يا فاطمة بنت محمد قومي فاشهدي ضحيتك فانه يغفر لك بأول قطرة
تقطر من دمها مغفرة لكل ذنب اما أنه يجاء بدمها ولحمها فيوضع في ميزانك وسبعون ضعف فقال أبو سعيد الخدري رضي
الله عنه يا نبي الله هذا لآل محمد خاصة فانهم أصل لما خصوا به من الخير أم لا لآل محمد والمسلمين عامة فقال هذا لآل
محمد خاصة والمسلمين عامة وفي حديث عمران بن الحصين رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم
يا فاطمة قومي فاشهدي ضحيتك فانه يغفر لك بأول قطرة تقطر من دمها كل ذنب عملت به وقولي ان صلاتي ونسكي
ومحياي ومماتي لله رب العالمين لا شريك له وان يدعوك يقول اللهم منك ولك صلاتي ونسكي ومحياي ومماتي لله رب
العالمين لا شريك له وبذلك أمرت وأنا من المسلمين لما روي بنا وان يقول ذلك قبل التسمية أو بعدها لما روى عن
جابر رضي الله عنه قال ضحى رسول الله صلى الله عليه وسلم بكبشين فقال حين وجههما وجهت وجهي للذي فطر

السموات والارض حنيفا مسميا اللهم منك ولك عن محمد وأمه بسم الله والله أكبر وروى عن الحسن بن المعتم الكنانى قال خرجت مع سيدنا على بن أبى طالب رضى الله عنه يوم الاضحى الى عيد فلما صلب قال يا قنبر ادن منى أحد الكبشين فأخذيده فأضججه ثم قال وجهى وجهى للذى فطر السموات والارض حنيفا وما أنا من المشركين ان صلاتى ونسكى ومحياى ومماتى لله رب العالمين لا شريك له وبذلك أمرت وأنا من المسلمين بسم الله اللهم منك ولك بسم الله والله أكبر اللهم تقبل من على فذبحه ثم دعا بالثانى ففعل به مثل ذلك ويستحب أن يجرّد التسمية عن الدعاء فلا يخلط معها دعاء أو تمني أو قبل التسمية أو بعدها ويكره حالة التسمية (وأما) الذى يرجع الى الاضحية فالمستحب أن يكون أسمنها وأحسنها وأعظمها لانها مطية الآخرة قال عليه الصلاة والسلام عظموا ضحاياكم فانها على الصراط مطاياكم ومهما كانت المطية أعظم وأسمن كانت على الجواز على الصراط أقدر وأفضل الشاء أن يكون كبشاً أملح أقرن موجواً لما روى جابر رضى الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم ضحى بكبشين أملحين أقرنين موجوئين عظيمين سمينين والقرن العظيم القرن والا ملح الابيض وروى عليه الصلاة والسلام أنه قال دم العفراء يعدل عند الله مثل دم السوداء وبن وان أحسن اللون عند الله البياض والله خلق الجنة بيضاء والموجوء قليل هو مدقوق الخصيتين وقيل هو الخصى كذا روى عن أبى حنيفة رحمه الله فانه روى عنه انه سئل عن التضحية بالخصى فقال ما زاد فى لحمه أنفع مما ذهب من خصيته (وأما) الذى يرجع الى وقت التضحية فالمستحب هو اليوم الاول من أيام النحر لما روى عن جماعة من الصحابة رضى الله عنهم أنهم قالوا أيام النحر ثلاثة أولها أفضلها ولأنه مسارة الى الخير وقدم مدح الله جل شأنه المسارعين الى الخيرات السابقين لها بقوله عز شأنه أولئك يسارعون فى الخيرات وهم لها سابقون وقال عز شأنه وسارعوا الى مغفرة من ربكم أى الى سبب المغفرة ولأن الله جل شأنه أضاف عبادة فى هذه الايام بلحوم القرابين فكانت التضحية فى أول الوقت من باب سرعة الاجابة الى ضيافة الله جل شأنه والمستحب أن تكون بالنهار ويكره أن تكون بالليل لما ذكرنا فى كتاب الذبائح والصيد وأفضل وقت التضحية لاهل السواد ما بعد طلوع الشمس لان عنده يتكامل آثار أول النهار والله عز وجل أعلم (وأما) الذى يرجع الى آلة التضحية فاذكرنا فى كتاب الذبائح وهو أن تكون آلة الذبح حادة من الحديد (وأما) الذى هو بعد الذبح فالمستحب أن يتربص بعد الذبح قدر ما يبرد ويسكن من جميع أعضائه وتزول الحياة عن جميع جسده ويكره أن ينخع ويسلخ قبل أن يبرد لما ذكرنا فى كتاب الذبائح ولصاحب الاضحية أن يأكل من أضحيته لقوله تعالى فكوا منها ولا نه ضيف الله جل شأنه فى هذه الايام كغيره فله أن يأكل من ضيافة الله عز شأنه وجملة الكلام فيه ان الدماء أنواع ثلاثة نوع يجوز لصاحبه أن يأكل منه بالاجماع ونوع لا يجوز له أن يأكل منه بالاجماع ونوع اختلف فيه فالاول دم الاضحية فحلالا كان أو واجبا مندورا كان أو واجبا مبتدأ والثانى دم الاحصار وجزاء الصيد ودم الكفارة الواجبة بسبب الجنابة على الاحرام كحلق الرأس ولبس المخيط والجماع بعد الوقوف بعرفة وغير ذلك من الجنائيات ودم النذر بالذبح والثالث دم المتعة والقران فعندنا يؤكل وعند الشافعى رحمه الله لا يؤكل وهى من مسائل المناسك ثم كل دم يجوز له أن يأكل منه لا يجب عليه أن يتصدق به بعد الذبح اذ لو وجب عليه التصديق لما جاز له أن يأكل منه وكل دم لا يجوز له أن يأكل منه يجب عليه أن يتصدق به بعد الذبح اذ لو لم يجب لادى الى التسييب ولو هلك اللحم بعد الذبح لا ضمان عليه فى النوعين جميعاً أما فى النوع الاول فظاهر وأما فى الثانى فى فلانه هلك عن غير صنعه فلا يكون مضمونا عليه وان استملكه بعد الذبح كان من النوع الثانى فيغرم قيمته لانه أتلف مالا متعينا للتصدق به فيغرم قيمته ويتصدق بها وان كان من النوع الاول لا يغرم شيئا ولو باعه نقد بغيره سواء كان من النوع الاول والثانى فعليه ان يتصدق بثمنه ويستحب له أن يأكل من أضحيته لقوله تعالى عز شأنه فكوا منها وأطعموا البائس الفقير وروى عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال اذا ضحى أحدكم فليأكل من أضحيته ويطعم منه غيره وروى عن سيدنا على رضى الله عنه أنه قال لفلان قنبر حن ضحى بالكبشين

ياقنبر خذلى من كل واحد منهما بضعة وتصدق بهما بجلودهما ورؤسهما وأكارعهما والافضل أن يتصدق بالثلث ويتخذ الثلث ضيافة لا قارب وأصدقائه وبذخر الثلث لقوله تعالى فكلوا منها وأطعموا القانع والمعتر وقوله عز شأنه فكلوا منها وأطعموا البائس الفقير وقول النبي عليه الصلاة والسلام كنت نهيتكم عن لحوم الاضاحى فكلوا منها وادخر واثبت بجموع الكتاب العزيز والسنة ان المستخب ما قلنا ولا نه يوم ضيافة الله عز وجل بلحوم اقربا بين فيندب اشراك الكل فيها ويطعم الفقير والغنى جميعا لكون الكل اضياف الله تعالى عز شأنه في هذه الايام وله أن يهبه منهما جميعاً ولو تصدق بالكل جاز ولو حبس الكل لنفسه جاز لان القربة في الاراقة (وأما) التصديق بالهم فتطوع وله أن يذخر الكل لنفسه فوق ثلاثة ايام لان النهى عن ذلك كان في ابتداء الاسلام ثم نسخ بما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال انى كنت نهيتكم عن امساك لحوم الاضاحى فوق ثلاثة ايام الا قامسكوا ما بدا لكم وروى انه عليه الصلاة والسلام قال انما نهيتكم لا جل الرافة دون حضرة الاضحية الا ان اطعمها والتصدق افضل الا أن يكون الرجل ذا عيال وغير موسع الحال فان الافضل له حينئذ أن يدعه لعياله ويوسع به عليهم لان حاجته وحاجة عياله مقدمة على حاجة غيره قال النبي عليه الصلاة والسلام ابدأ بنفسك ثم بفريك ولا يحل بيع جلد ها وشحمها ولحمها وأطرافها ورأسها وصوفها وشعرها وبرها ولبنها الذى يحلبه منها بعد ذبحها بشئ لا يمكن الانتفاع به الا باستهلاك عينه من الدراهم والدنانير والمأكولات والمشروبات ولا أن يعطى أجر الجزار والذابح منها لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال من باع جلد أضحيته فلا أضحية له وروى أن النبي عليه الصلاة والسلام قال املئ رضى الله عنه تصدق بجلدها وخطامها ولا تعطى أجر الجزار منها وروى عن سيدنا على كرم الله وجهه أنه قال اذا اضحيتم فلا تبيعوا لحوم ضحاياكم ولا جلودها واكلوا منها وتعموا ولا نهام من ضيافة الله عز شأنه التى أضاف بها عباده وليس للضيف أن يبيع من طعام الضيافة شيئاً فان باع شيئاً من ذلك فقد عند أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف لا ينفذ ما ذكرنا فاقبل الذبح ويتصدق بثمنه لان القربة ذهبت عنه فيتصدق به ولانه استفاد به بسبب محظور وهو البيع فلا يخلو عن خبث فكان سبيله التصديق وله أن يتنفع بجلد أضحيته في بيته بأن يجعله سقاء أو فرواً أو غير ذلك لما روى عن سيدتنا عائشة رضى الله عنها أنهم اتخذت من جلد أضحيته سقاء ولانه يجوز الانتفاع بلحمها فكذا بجدها وله أن يبيع هذه الاشياء بما يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه من متاع البيت كالجراب والمنخل لان البديل الذى يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه يقوم مقام البديل فكان المبدل قائماً معنى فكان الانتفاع به كالانتفاع بعين الجلد بخلاف البيع بالدراهم والدنانير لان ذلك مما لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه فلا يقوم مقام الجلد فلا يكون الجلد قائماً معنى والله تعالى عز شأنه أعلم

• • • • •

كتاب النذر

الكلام في هذا الكتاب في الاصل في ثلاثة مواضع في بيان ركن النذر وفي بيان شرائط الركن وفي بيان حكم النذر أما الاول فركن النذر هو الصيغة الدالة عليه وهو قوله الله عز شأنه على كذا أو على كذا أو هذا هدى أو صدقة أو مالى صدقة أو ما أملك صدقة ونحو ذلك

فصل في وأما شرائط الركن فأنواع بعضها يتعلق بالنذر وبعضها يتعلق بالمنذور به وبعضها يتعلق بنفس الركن أما الذى يتعلق بالنذر فشرائط الالهية (منها) العقل (ومنها) البلوغ فلا يصح نذر المجنون والعصبي الذى لا يعقل لان حكم النذر وجوب المنذور به وهما ليسا من أهل الوجوب وكذا العصبي العاقل لا نه ليس من أهل وجوب الشرائع ألا ترى انه لا يجب عليها شئ من الشرائع بإيجاب الشرع ابتداء فكذا بالنذر اذا وجوب عند

وجود الصيغة من الأهل في الخلق بإيجاب الله تعالى لا بإيجاب العبد إذ ليس للعبد ولاية الإيجاب وإنما الصيغة علم على إيجاب الله تعالى (ومنها) الإسلام فلا يصح نذر الكافر حتى لو نذر ثم أسلم لا يلزمه الوفاء به وهو ظاهر مذهب الشافعي رحمه الله لأن كون المنذور به قرينة شرط صحة النذر وفصل الكافر لا يوصف بكونه قرينة (وأما) حرية الناذر فليست من شرائط الصحة فيصح نذر المملوك ثم إن كان المنذور به من القرب الدينية كالصلاة والصوم ونحوهما يجب عليه للحال ولو كان من القرب المالية كالعقاق والأطعام ونحو ذلك يجب عليه بعد العتاق لأنه ليس من أهل الملك للحال ولو قال إن اشتريت هذه الشاة فهي هدى أو إن اشتريت هذا العبد فهو حر فعتق لم يلزمه حتى يضيئه إلى ما بعد العتق في قياس قول أبي حنيفة وقد ذكرناه في كتاب العتاق (وأما) الطوعية فليست بشرط عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله كما في اليمين وكذا الجد والهزل والله عز شأنه أعلم (وأما) الذي يرجع إلى المنذور به فأشياء منها أن يكون متصور الوجود في نفسه شرعاً فلا يصح النذر بما لا يتصور وجوده شرعاً كمن قال لله تعالى على أن أصوم ليلاً أو نهاراً أكل فيه وكلمة إذا قالت لله تعالى أن أصوم أيام حيضى لأن الليل ليس محل الصوم والكل مناف للصوم حقيقة والحيض مناف له شرعاً إذ الطهارة عن الحيض والنفاس شرط وجود الصوم الشرعي ولو قالت لله تعالى أن أصوم غداً فخاضت في غداً وقالت لله تعالى أن أصوم يوم يقدم فلان فقدم في يوم خاضت فيه لاشئ عليها عند محمد وعند أبي يوسف عليها قضاء ذلك اليوم وهي من مسائل الصوم وعلى هذا يخرج ما إذا قال لله تعالى على أن أصوم اليوم الذي يقدم فيه فلان فقدم في النهار أنه ان قدم قبل الزوال أو قبل أن تناول شيئاً من المفطرات يلزمه صومه وإن قدم بعد الزوال أو بعد تناول شيئاً من المفطرات لا يلزمه شئ لأنه أوجب على نفسه صوم يوم موصوف بأنه يوجد فيه قدوم فلان ولا علم له بهذا اليوم قبل القدوم ولا دليل العلم ولا وجوب لهذا الصوم بدون العلم أو دليله لأن ما ثبت أدائه على قصد المؤدى في تحصيله لا يجب أدائه إلا بعد العلم بوجوبه أو دليل العلم فلم يجب الصوم ما لم يوجد اليوم الموصوف ولا وجوده إلا بالقدوم فصار الوجوب على هذا التخرج متعلقاً بالقدوم ووجوب صوم يوم لم تزل فيه الشمس ولم تناول شيئاً من المفطرات متصور كما لو أنشأ النذر فوجب عليه للحال ولا تصوره بعد تناول وبعد الزوال فلا يجب عليه شئ بخلاف اليمين بأن قال والله لا صوم اليوم الذي يقدم فيه فلان فقدم بعد ما أكل أو بعد الزوال حنث في يمينه والفرق أن في باب النذر يجب الفعل حقاً لله تعالى لأن الوجوب بإيجاب الله تعالى عند مباشرة سبب الوجوب من العبد فصار هذا وسائر العبادات المقصودة على السواء (وأما) في باب اليمين فالقفل في نفسه غير واجب بل الواجب هو الامتناع عن هتك حرمة اسم الله تعالى عز شأنه وإنما وجب القفل لضرورة حصول البر وحصول البر أيضاً لضرورة الامتناع عن اهتك فوجوبه لا يفترق إلى العلم فكان وجوب تحصيل البر والامتناع ثابتهما قبل وجود دليل الوجوب وهو القدوم فوجب عليه البر من أول وجود هذا اليوم الذي حلف أن يصومه وإن لم يكن له به علم فإذا لم يصم بأن أكل أو امتنع من النذر حتى زالت الشمس حنث في يمينه لقوات البر والله عز شأنه أعلم (ومنها) أن يكون قرينة فلا يصح النذر بما ليس بقرينة رأساً كالنذر بالمعاصي بأن يقول لله عز شأنه على أن أشرب الخمر أو أقتل فلاناً أو أضربه أو أشتمه ونحو ذلك لقوله عليه الصلاة والسلام لا نذر في معصية الله تعالى وقوله عليه الصلاة والسلام من نذر أن يعصى الله تعالى فلا يعصه ولأن حكم النذر وجوب المنذور به ووجوب فعل المعصية محال وكذا النذر بالمباحات من الأكل والشرب والجماع ونحو ذلك لعدم وصف القرينة لاستوائهما فعلاً وتركاً وكذا لو قال على طلاق امرأتى لأن الطلاق ليس بقرينة فلا يلزم بالنذر وهل يقع الطلاق به فيه كلام نذكره إن شاء الله تعالى (ومنها) أن يكون قرينة مقصودة فلا يصح النذر بعبادة المرضى وتشجيع الجنائز والوضوء والغتسال ودخول المسجد ومس المصحف والأذان وبناء الرباطات والمساجد وغير ذلك وإن كانت قرينة لأنها ليست بقرينة مقصودة ويصح النذر بالصلاة والصوم والحج والعمرة والأحرام بهما والعتق والبدنة والهدى والاعتكاف ونحو ذلك لأنها قرب مقصودة

وقد قال النبي عليه الصلاة والسلام من نذر أن يطيع الله تعالى فليطعه وقال عليه الصلاة والسلام من نذر وسمى فعليه وفاؤه بما سمي إلا أنه خص منه المسمى الذي ليس بقرية أصلاً والذي ليس بقرية مقصودة فيجب العمل بعمومه وفاء به ومن مشايخنا من أصل في هذا أصلاً فقال ماله أصل في القروض يصبح النذر به ولا شك أن ما سوى الاعتكاف من الصلاة والصوم وغيرهما له أصل في القروض والاعتكاف له أصل أيضاً في القروض وهو الوقوف بمرقة وما لا أصل له في القروض لا يصح النذر به كقيادة المرضى وتشجيع الجنائز ودخول المسجد ونحوها وعلل بأن النذر بإيجاب العبد فيعتبر بإيجاب الله تعالى ولو قال الله على أن أصوم يوم النحر أو أيام التشريق يصح نذره عند أصحابنا الثلاثة ويفطر ويقضى وقال زفر رحمه الله والشافعي لا يصح نذره لهنما أنه نذر بما هو معصية لكون الصوم في أيام التشريق منهياً عنه لقوله عليه الصلاة والسلام ألا لا تصوموا في هذه الأيام فإنها أيام أكل وشرب والمنهي عنه يكون معصية والنذر بالمعاصي لا يصح لما بينا والدليل عليه أن الصوم في هذه الأيام لا يلزم بالشروع ولا يضمن بالقضاء عند الفساد بأن أصبح صائماً ثم أفطر (ولنا) أنه نذر بقرية مقصودة فيصح النذر كما لو نذر بالصوم في غير هذه الأيام ودلالة الوصف النص والمعقول (أما) النص فقوله عليه الصلاة والسلام خبراً عن الله تعالى جل شأنه الصوم لي وأنا أجزى به من غير فصل (وأما) المعقول فهو أنه سبب التقوى والشكر ومواساة الفقراء لأن الصائم في زمان الصوم يتقى الحلال فالحرām أولى ويعرف قدر نعم الله تعالى جل شأنه عليه بما تحجم من مرارة الجوع والعطش فيحمله ذلك على الشكر وعلى الإحسان إلى الفقراء لما عرف قدر مقاساة المبتلى بالجوع والعطش وهذه المعاني موجودة في الصوم في هذه الأيام وأنهم ما من مستحسنة عقلاً والنهي لا يرد عما عرف حسنة عقلاً لما فيه من التناقض فيحمل على غير مجاور له صيانة لم يجع الله تعالى عن التناقض عملاً بالدلائل بقدر الامكان (وأما) فصل الشروع والقضاء فممنوع عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله وعند أبي حنيفة عليه الرحمة أنما يلزم بالشروع ولا يجب القضاء بالافطار لأن لزوم الاتمام في صوم التطوع لضرورة صيانة المؤادي عن الإبطال لأن إبطال العمل حرام وههنا صاحب الحق وهو الله تعالى جلّت عظمته رضى بإبطال حقه فلا يجرم الإبطال فلا يلزم الاتمام وجوب القضاء ضرورة لزوم الاتمام فإذا لم يلزم لا يجب ولو قال على المشي إلى بيت الله تعالى أو إلى الكعبة أو إلى مكة أو إلى بكة فعليه حجة أو عمرة ماشياً وإن شاء ركب وعليه ذبح شاة لركوبه وجملة الكلام فيه أن المكان نوعان مكان يصح الدخول فيه بغير إحرام وهو ما سوى الحرم كمسجد المدينة على صاحبها أفضل الصلاة والسلام ومسجد بيت المقدس وغيرهما من سائر المساجد والأماكن ومكان لا يصح الدخول فيه بغير إحرام وهو الحرم والحرم مشتمل على مكة ومكة على المسجد الحرام والمسجد الحرام على الكعبة فالنادر إما أن يسمى في النذر الكعبة أو بيت الله تعالى أو مكة أو بكة أو الحرم أو المسجد الحرام والأفعال التي يوجبها على نفسه شبه ألقاظ المشي والخروج والسفر والركوب والذهاب والاياب فإن أوجب على نفسه شيئاً من هذه الأفعال وأضافه إلى مكان يصح دخوله فيه بغير إحرام لا يصح إيجابه لأنه أوجب على نفسه التحول من مكان إلى مكان وذلك ليس بقرية مقصودة ولا يصح النذر بما ليس بقرية والدليل عليه ما روي أن امرأة جاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله اني نذرت أن أفتح لك مكة أن أصلي مائتي ركعة في مائة مسجد فقال عليه الصلاة والسلام صلى في مسجد واحد فلم يصحح عليه الصلاة والسلام نذرها بالصلاة في كل مسجد والنذر بخلاف اليمين فإن اليمين تنعقد بهذه الألقاظ بأن يقول والله لا ذهبني إلى موضع كذا أو لا أسافر أو غيرهما من الألقاظ لأن اليمين لا تقف انعقادها على كون المحلوف عليه قرية بل ينعقد على القرية وغيرها بخلاف النذر وإن أضاف إيجاب شيء من هذه الأفعال إلى المكان الذي لا يصح الدخول فيه بغير إحرام ينظر فإن أضاف إيجاب المشي إليه لا يصح ولا يلزمه شيء لما ذكرنا أن التحول من مكان إلى مكان ليس بقرية في نفسه وإن أضاف إيجاب المشي إليه فإن ذكر سوى ما ذكرنا من الامكنة من الكعبة وبيت الله تعالى ومكة وبكة

والمسجد الحرام والحرم بأن أوجب على نفسه المشي إلى الصفا والمروة ومسجد الخيف وغيرهما من المساجد التي في الحرم لا يصح نذر به بخلاف وإن ذكر الكعبة وبيت الله عز شأنه أو مكة أو بكة يصح نذر به ويلزمه حجة أو عمرة ماشياً وإن شاء ركب وذبح لركوبه شاة وهذا استحسان والقياس أن لا يصح ولا يلزمه شيء (وجه) القياس أن من شرط صحة النذر أن يكون المنذور به قرينة مقصودة ولا قرينة في نفس المشي وإنما القرينة في الأحرام وأنه ليس بمذكور ولهذا لم يصح بسائر الألفاظ سوى لفظ المشي (وجه) الاستحسان أن هذا الكلام عندهم كناية عن التزام الأحرام يستعملونه لا التزام الأحرام بطريق الكناية من غير أن يعقل فيه وجه الكناية بمنزلة قوله الله على أن أضرب بثوبي حطيم الكعبة كناية عن التزام الصدقة باصطلاحهم والأحرام يكون بالحجة أو بالعمرة فيلزمه أحداهما بخلاف سائر الألفاظ فإنها ما جرت عادتهم بالتزام الأحرام بها والمتنبر في الباب عرفهم وعادتهم ولا عرف هناك فيلزمه ذلك ماشياً لأنه التزم المشي وفيه زيادة قرينة قال النبي عليه الصلاة والسلام من حج ماشياً فله بكل خطوة حسنة من حسنات الحرم قليل وما حسنات الحرم قال عليه الصلاة والسلام واحدة بسبع مائة فإن التزمه بالذکر كصفة التتابع في الصوم فيمشي حتى يطوف طواف الزيارة لأن بذلك يقع القراع من أركان الحج إلا أنه أن يركب ويذبح لركوبه شاة لما روي أن أخت أبي سعيد الخدري رضي الله عنهما نذرت أن تحج ماشية فقال النبي عليه الصلاة والسلام لا بي سعيد الخدري أن الله تعالى غني عن تعذيب أختك مرها فلتركب ولترق دماً وما روي في بعض الروايات أن عقبة بن عامر الجهني سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال إن أختي نذرت أن تحج البيت ماشية غير مختمرة فقال عليه الصلاة والسلام إن الله غني عن تعذيب أختك فلتركب ولنهد شاة وفي بعضها أن أخت عقبة بن عامر نذرت أن تمشي إلى بيت الله تعالى حافية حاسرة فذكر ذلك عقبة لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عليه الصلاة والسلام إن الله تعالى غني عن عناء أختك مرها فلتركب ولنهد شاة وتحرم أن شاءت بحجة وإن شاءت بعمره وروى عن سيدنا علي رضي الله عنه أنه قال من جمل على نفسه الحج ماشياً حج وركب وذبح لركوبه شاة رواه في الأصل وإنما استوى فيه لفظ الكعبة وبيت الله ومكة وبكة لأن كل واحد من هذه الألفاظ يستعمل عند استعمال الآخر يقال فلان مشى إلى بيت الله وإلى الكعبة وإلى مكة وإلى بكة ولا يقال مشى إلى الصفا والمروة وإن ذكر المسجد الحرام أو الحرم قال أبو حنيفة رحمه الله لا يصح نذر به ولا يلزمه شيء وقال أبو يوسف ومحمد رحمه الله يلزمه حجة أو عمرة (وجه) قولهما أن الحرم مشتمل على البيت وعلى مكة فصارك أنه قال على المشي إلى بيت الله وإلى مكة ولا بي حنيفة رحمه الله أن القياس أن لا يجب شيء بإيجاب المشي المضاف إلى مكان ما لما ذكرنا أن المشي ليس بقرينة مقصودة إذ هو انتقال من مكان إلى مكان فليس في نفسه قرينة ولهذا لا يجب بسائر الألفاظ إلا أنا أوجبنا عليه الأحرام في لفظ المشي إلى بيت الله وإلى الكعبة وإلى مكة أو إلى بكة للعرف حيث تعارفوا استعمال ذلك كناية عن التزام الأحرام ولم يتعارفوا استعمال غيرها من الألفاظ لا ترى أنه يقال مشى إلى مكة والكعبة وبيت الله ولا يقال مشى إلى الحرم والمسجد الحرام كما يقال مشى إلى الصفا والمروة والكناية تتبع فيها عين اللفظ لا المعنى بخلاف الجواز فإنه يراعى فيه المعنى اللازم المشهور في محل الحقيقة لأن الكناية ثابتة بالاصطلاح كالأسماء الموضوعة فيتبع فيها العرف واستعمال اللفظ بخلاف الجواز ولو قال على المشي إلى بيت الله وهو ينوي مسجداً من مساجد الله سوى المسجد الحرام لم يلزمه شيء لأنه نوى ما يحتمله لفظه لأن كل مسجد بيت الله تعالى فصحت نيته على أن الظاهر أن كانت إرادة الكعبة من هذا الكلام لا غير لكن هذا أمر بينه وبين الله تعالى فيكتفي فيه باحتمال اللفظ بإياه في الجملة ولو قال أنا أحرم وأنا نحرم أو أهدى أو أمشي إلى البيت فإن نوى به الإيجاب يكون إيجاباً لأنه يذكروا إياه بالإيجاب كقولنا أشهد أن لا إله إلا الله أنه يكون توحيداً وكقول الشاهد عند القاضي أشهد أنه يكون شهادة فقد نوى ما يحتمله لفظه وإن نوى أن يعدم نفسه عدة ولا يوجب شيئاً كان عدة ولا شيء عليه لأن اللفظ يحتمل العدة لأنه يستعمل في العادات وإن لم يكن له نية

فهو على الوعد لا نه غلب استعماله فيه فمندا لا طلاق يحمل عليه هذا اذا لم يعلقه بالشرط فان علقه بالشرط بأن قال ان فعلت كذا فانا أحرم فهو على الوجه الذي بينا أنه ان نوى الايجاب يكون ايجابا وان نوى الوعد يكون وعدا المساقا وان لم يكن له نية فهو على الايجاب. سالف الفصل الاول لان العدا لا تتعلق بالشرط وان الواجبات تتعاقب بها فالمعرفة الى الايجاب بقرينة التعليق بالشرط ولم توجد اقرينة في الفصل الاول فصار الحاصل ان هذا اللفظ في غير المعين بالشرط على الوعد الا ان ينوى به الايجاب وفي المعلق يقع على الايجاب الا ان ينوى به الوعد ولو قال الله تعالى على أن أنحر ولدي أو أذبح ولدي يصبح نذره ويلزمه الهدى وهو نحر البدنة أو ذبح الشاة والافضل هو الا بل ثم البقر ثم الشاة وانما ينحر أو يذبح في أيام النحر سواء كان في الحرم أولا وهذا استحسنان وهو قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله والقياس أن لا يصبح نذره وهو قول أبي يوسف وزفر والشافعي رحمهم الله (وجه) القياس أنه نذر بما هو معصية والنذر بالمعاصي غير صحيح ولهذا لم يصبح بلفظ القتل (وجه) الاستحسان قول النبي عليه الصلاة والسلام من نذر أن يطيع الله فليطعه وقوله عليه الصلاة والسلام من نذر وسعى فعليه الوفاء بما سعى والمراد من الحديثين النذر بما هو طاعة مقصودة وقرينة مقصودة وقد نذر بما هو طاعة مقصودة وقرينة مقصودة لانه نذر بذبح الولد تقديراً بما هو خلف عنه وهو ذبح الشاة فيصبح النذر بذبح الولد على وجه يظهر أثر الوجوب في الشاة التي هي خلف عنه كالشيخ القاني اذا نذر أن يصوم رجب أنه يصبح نذره وتلزمه الفدية خلفاً عن الصوم ودليل ما قلنا الحديث وضرب من المقول (أما) الحديث فقول النبي عليه الصلاة والسلام أنا ابن الذي يحين أراد أول آباءه من العرب وهو سيدنا اسماعيل عليه الصلاة والسلام وآخر آباءه حقيقة وهو عبد الله بن عبد المطالب مما هما عليه الصلاة والسلام ذبيحين ومعلوم انهما ما كانا ذبيحين حقيقة فكانا ذبيحين تقديراً بطريق الخلافة لقيام الخلف مقام الاصل (وأما) المقول فلان المسلم انما يقصد بنذر التقرب الى الله تعالى الا انه يحجز عن التقرب بذبح الولد تحقيقاً فسلم يكن ذلك مراداً من النذر وهو قادر على دبحه تقديراً بذبح الخلف وهو ذبح الشاة فكان هذا نذر أذبح الولد تقديراً بذبح ما هو خلف عنه حقيقة كالشيخ القاني اذا نذر بالصوم وانما لا يصبح بلفظ القتل لان التعيين بالنذر وقع للواجب على سيدنا ابراهيم عليه الصلاة والسلام والواجب هناك بالايجاب المضاف الى ذبح الولد بقوله تعالى عز شأنه إني أرى في المنام أني أذبحك على ان هذا حكم ثبت استحساناً بالشرع والشرع انما ورد بلفظ الذبح لا بلفظ القتل ولا يستقيم القياس لان لفظ القتل لا يستعمل في تهويت الحياة على سبيل اقرينة والذبح يستعمل في ذلك ألا ترى أنه لو نذر بقتل شاة لا يلزمه ولو نذر بذبحها لم يلزمه ولو نذر بنحر نفسه لم يذكر في ظاهر الروايات وذكر في نوادر هشام أنه على الاختلاف الذي ذكرنا ولو نذر بنحر ولد ولده ذكر في شرح الآثار أنه على الاختلاف ولو نذر بنحر والديه أو جده أو جدته يصبح نذره عند أبي حنيفة رحمه الله وعند الباقي لا يصبح ولو نذر بذبح عبده عند محمد رحمه الله يصبح وعند الباقي لا يصبح وانما اختلف أبو حنيفة ومحمد فيما بينهما مع اتفاقهما في الولد لا اختلافهما في المعنى في الولد فالمعنى في الولد عند أبي حنيفة رحمه الله هو أنه نذر بالتقرب الى الله تعالى بذبح ما هو أعز الاشياء عنده وهذا المعنى يوجد في الوالد والابن ولا يوجد في العبد وعند محمد رحمه الله المعنى في الولد ان النذر بذبحه تقرب الى الله تعالى بما هو من مكاسبه والولد في معنى المملوك له شرعاً قال النبي عليه الصلاة والسلام ان أطيب ما أكل الرجل من كسبه وان ولده من كسبه فعدي الحكم الى المملوك حقيقة وهو العبد والى النفس وولده لكونها في معنى المملوك ولم يعد الى الوالد لان اعدام هذا المعنى وعلى هذا القياس ينبغي أن يصبح نذر الجد بذبح الخلفاء وعند محمد لا يصبح واذا أوجب على نفسه الهدى فهو بالخيار بين الاشياء الثلاثة ان شاء أهدي شاة وان شاء بقره وان شاء ابلاً وأفضاها أعظمهم لان اسم الهدى يقع على كل واحد منهم ولو أوجب على نفسه بدنة فهو بالخيار بين شيتين الا بل والبقر والا بل أفضل لان اسم البدنة يقع على كل واحد منهما ولو أوجب جزوراً فأفعله الا بل خاصة لان اسم الجزور يقع عليه خاصة ولا يجوز فيهما الا ما يجوز في الاضاحي وهو الثني من الا بل والبقر والجدع من

الضمان اذا كان ضخما ولا يجوز ذبح الهدي الذي اوجب الا في الحرم لقوله تعالى ثم يحمله الى البيت العتيق ولم يرد به نفس البيت بل البقعة التي هو فيها وهي الحرم لان الدم لا يراق في البيت والمراد من قوله تعالى وليطوفوا بالبيت العتيق نفس البيت لانه هناك ذكر الطواف بالبيت وهما اضافة الى البيت لذلك افتروا ولا الهدي اسم لما يهدي الى مكان الهدايا ومكان الهدايا هو الحرم ولا يحل له الا تنفعا بها ولا بشئ منها الا في حال الضرورة فان اضطر الى ركوبها ركبا ويضمن ما يقصر ركوبه عليها وهذه من مسائل المناسك ولو اوجب على نفسه ان يهدي مالا بعينه فان كان مالا يحتمل الذبح يلزمه ان يتصدق به أو يقيمه على فقراء مكة وان كان مما يدبح ذبحه في الحرم وتصدق بلحمه على فقراء مكة ولو تصدق به على فقراء الكوفة جاز كذا ذكر في الاصل ولو اوجب بدنة فذبحها في الحرم وتصدق على الفقراء جاز بالاجماع ولو ذبح في غير الحرم وتصدق باللحم على الفقراء جاز عن نذره في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند أبي يوسف رحمه الله لا يجوز ولو اوجب جز ورافله أن ينحره في الحل والحرم ويصدق بلحمه وهذه من مسائل الحج ولو قال ما أملك هدي أو قال ما أملك صدقة بمسك بعض ماله ويمضي الباقي لانه أضاف الهدي والصدقة الى جميع ما يملكه فيتناول كل جنس من جنس أمواله ويتناول القليل والكثير الا أنه يمسك بعضه لانه لو تصدق بالكل لا يحتاج الى ان يتصدق عليه فيتضرر بذلك وقد قال عليه الصلاة والسلام بدأ بنفسك ثم بمن تعول فكان له أن يمسك مقدار ما يعلم أنه يكفيه الى ان يكتسب فاذا اكتسب مالا تصدق بمثله لانه انتفع به مع كونه واجب الاخراج عن ملكه لجهة الصدقة فكان عليه عوضه كن أنفق ماله بعد وجوب الزكاة عليه ولو قال مالي صدقة فهذا على الاموال التي فيها الزكاة من الذهب والفضة وعروض التجارة والسواثم ولا يدخل فيه مالا زكاة فيه فلا يلزم ان يتصدق بدور السكنى وثياب البدن والاثاث والعروض التي لا يقصدها التجارة والعمامل وأرض الخراج لانه لا زكاة فيها ولا فرق بين مقدار النصاب وما دونه لانه مال الزكاة ألا ترى أنه اذا انضم اليه غيره تجب فيه الزكاة ويعتبر فيه الجنس لا القدر ولهذا قالوا اذا نذر أن يتصدق بماله وعليه دين محيط أنه يلزمه أن يتصدق به لانه جنس مال تجب فيه الزكاة وان لم تكن واجبة فان قضى دينه به لزمه التصديق بمثله لما ذكرنا فيما تقدم وهذا الذي ذكرنا استحسان والقياس أن يدخل فيه جميع الاموال كما في فصل الملك لان المال اسم لما يتناول جميع الاموال كالمالك (وجهه) الاستحسان ان النذر يعتبر بالامر لان الوجوب في الكل بايجاب الله جل شأنه وانما وجد من العبد مباشرة السبب الدال على ايجاب الله تعالى ثم الايجاب المضاف الى المال من الله تعالى في الامر وهو الزكاة في قوله تعالى خذ من أموالهم صدقة وقوله عز شأنه وفي أموالهم حق معلوم ونحو ذلك تعلق بنوع دون نوع فكذا في النذر وقد قال أبو يوسف رحمه الله قياس قول أبي حنيفة عليه الرحمة اذا حلف لا يملك مالا ولا نيسة له وليس له مال تجب فيه الزكاة بحث لان اطلاق اسم المال لا يتناول ذلك وقال أبو يوسف ولا أخفط عن أبي حنيفة اذا نوى بهذا النذر جميع ما يملك داره تدخل في نذره لان اللفظ يحتمله وفيه تشديد على نفسه وقال أبو يوسف ويجب عليه أن يتصدق بما دون النصاب ولا أخفطه عن أبي حنيفة رحمه الله والوجه ما ذكرنا واذا كانت له ثمة عشرية أو غلة عشرية تصدق بها في قولهم لان هذا مما يتعلق به حق الله تعالى وهو العشر وقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى لا تدخل الارض في النذر وقال أبو يوسف يتصدق بها لابي يوسف انها من جملة الاموال النامية التي تتعلق حق الله تعالى بها فتدخل في النذر ولا في حنيفة رضي الله عنه ان حق الله تعالى لا يتعلق بها وانما يتعلق بالخارج منها فلا تدخل قال بشر عن أبي يوسف اذا جعل الرجل على نفسه أن يطعم عشرة مساكين ولم يسع عليه ذلك فان أطعم خمسة لم يجزه لان النذر يعتبر باصل الايجاب ومعلوم ان ما أوجبه ينبغي أن يكون لعدد من المساكين لا يجوز دفعه الى بعضهم الا على التفريق في الايام فكذا النذر ولو قال الله على أن أتصدق بهذه الدراهم على المساكين فتصدق بها على واحد أجزأه لانه يجوز دفع الزكاة الى مسكين واحد وان كان المذكور فيها جميع المساكين لقول الله تعالى انما الصدقات للفقراء والمساكين كذلك النذر ولو قال الله على أن أطعم هذا المسكين هذا

الطعام بعينه فأعطى ذلك الطعام غيره أجزأه لأن الصدقة المتعلقة بمال متعين لا يتعين فهم المسكين لأنه لما عين المال صار هو المقصود فلا يعتبر تعيين الفقير والافضل أن يعطى الذى عينه ولو قال الله على أن أطعم هذا المسكين شيئاً ساء ولم يعينه فلا بد أن يعطيه الذى ساء لأنه اذا لم عين المندور صار تعيين الفقير مقصوداً فلا يجوز أن يعطى غيره ولو قال الله على إطعام عشرة مساكين وهو لا ينوى أن يطعم عشرة مساكين انما ينوى أن يطعم واحداً ما يكنى عشرة أجزأه لأن الطعام اسم للمقدار فكانه أوجب مقدار ما يطعم عشرة فيجوز أن يطعم بعضهم ولو قال الله على أن أتصدق بهذه الدراهم يوم يقدم فلان ثم قال ان كلمت فلان فاعلى أن أتصدق بهذه الدراهم فكلم فلان وا قدم فلان أجزأه ان يتصدق بتلك الدراهم عنهم جميعاً ولا يلزمه غير ذلك وكذلك الصيام اذا سمي يوماً بعينه لأنه علق وجوب شئ واحد بشرطين لكل واحد منهما بحالهما فان وجد الشرطان معا وجبت بالاجبا بين جميعاً لان اجتماع سببين على حكم واحد جائز فان وجد على التعاقب وجب بالاول ولا يتعلق بالثاني حكم نظيره اذا قال لعبد ان يدخل زيد هذه الدار فأنت حر ثم قال ان دخلها عمر فأنت حر فان دخلاً مع اعتق العبد بالاجبا بين وان دخلاً على التعاقب عتق بالاول ولا يتعلق بالثاني حكم كذا هذا ولو قال ان كلمت فلان فاعلى أن أتصدق بهذه الدراهم فكلم فلان واوجب عليه أن يتصدق بها لأنه أوجب على نفسه التصديق بها فيجب عليه ذلك فان أعطى ذلك من كفارة يمينه أو من زكاة ماله فعليه لنذره مثل ما أعطى لأنه لما أعطى تعيين للاخراج بحجة النذر ولم يتعين للاخراج بحجة الزكاة فاذا أخرجه بحق لم يتعين فيه صار مستهلكاً له فيض من مثله كماله ألقه بخلاف الفصل الاول لان مثال الواجب تعيين لكل واحد عن النذرين فجاز عنهما ولو قال ان قدم فلان فله على أن أصوم يوم الخميس ثم صام يوم الخميس عن قضاء رمضان أو كفارة يمين أو تطوعاً فقد قدم فلان يومئذ بعد ارتفاع النهار فعليه يوم مكانه لقدوم فلان لأنه وجب عليه صوم ذلك اليوم عن جهة النذر لوجود شرط وجوبه وهو قدوم فلان فيه فاذا صام عن غيره فقد منع وقوعه عن النذر فصاركاً أنه قد قدم بعدما أكل فيلزمه صوم يوم آخر مكانه لقدوم فلان ولو كان أراد بهذا القول اليمين لم يحنث في يمينه لوجود شرط البر وهو صوم اليوم الذى حلف على صومه وجهات الصوم لم تتناولها اليمين ولو كان قد قدم فلان بعد الظهر لم يكن عليه قضاؤه لأنه لما قدم بعد الظهر لم يجب الصوم عن النذر كما لو أنشأ النذر بعد الزوال فقال الله على أن أصوم هذا اليوم فلا يجب قضاؤه وان قدم فلان قبل الزوال في يوم قد أكل فيه فعليه أن يقضى لان القدوم حصل في زمان يصح ابتداء النذر فيه وانما امتنع الصوم لوجود المنافي له وهو الاكل فلا يمنع صحة النذر كما لو أوجب ثم أكل ولو قال الله على أن أصوم الشهر الذى يقدم فيه فلان فقد قدم في رمضان فصامه في رمضان أجزأه عن رمضان ولا يلزمه صوم آخر بالنذر لان شهر رمضان في حال الصحة والاقامة يتعين لصومه لا يحتمل غيره فلم يتعلق بهذا النذر حكم ولا كفارة عليه ان كان أراد به اليمين لتحقق البر وهو الصوم واليمين انعقدت على الصوم دون غيره وقد صام ولو قال الله على أن أصوم اليوم الذى يقدم فيه فلان شكر الله تطوعاً لقدومه ونوى به اليمين فصامه عن كفارة يمين ثم قدم فلان ذلك اليوم عند ارتفاع النهار فعليه قضاؤه والكفارة (اما) القضاء فلانه نذر أن يصوم ذلك اليوم للقدم وذلك اليوم غير متعين لصوم الكفارة فاذا صام عن جهة يتعين الوقت لها لزمه القضاء (وأما) الكفارة فلانه لم يحلف على مطلق الصوم بل على أن يصوم عن القصدوم فاذا صام عن غيره لم يوجد البر فيحنث ولو كان في رمضان فلا قضاء عليه وعليه الكفارة (اما) عدم وجوب القضاء فلان زمان رمضان يتعين لصوم رمضان فلا يصح إيجاب الصوم فيه لغيره (واما) وجوب الكفارة فيه فلانه لم يصم لما حلف عليه فلم يوجد البر وان صامه بنوى الشكر على قدوم فلان ولا ينوى رمضان برى يمينه وأجزأه عن رمضان (اما) الجواز عن رمضان فلان صوم رمضان لا يعتبر فيه تعيين النية لكون الزمان متعيناً له فوقع عنه (وأما) بره في يمينه فلانه حلف على الصوم بحجة وقد قصد تلك الجهة الا انه وقع عن غيره حكماً من غير قصد ولو قال الله على أن أصوم هذا اليوم شهر أفاته يصوم ذلك اليوم حتى يستكمل منه ثلاثين يوماً فانه تعذر حمله على ظاهره اذ اليوم الواحد لا يوجد شهر لانه اذا مضى لا يعود ثانياً فيحمل على التزام صوم اليوم المسمى

بذلك اليوم الذي هو فيه من الاثنين أو الخميس كما تجد دالي ان يستكمل شهر اثنانين يوماً محلاً للكلام على وجه الصحة ولو قال الله على أن أصوم هذا الشهر يوماً نظراً إلى ذلك الشهر انه رجب أو شعبان أو غيره ويصير كأنه قال لله على أن أصوم رجب أو شعبان في وقت من الاوقات اذ الشهر لا يوجد في يوم واحد فلا يمكن حمله على ظاهره وقد قصد تصحيح نذره فيحمل على وجه يصح وهو حمل اليوم على الوقت وقد ذكر اليوم ويراد به مطلق الوقت قال الله تعالى وتلك الايام نذرها لبين الناس وقال تعالى ومن يومهم يومئذ يبره ويقال في العرف يوماً لنا ويوماً علينا على ارادة مطلق الوقت ولو قال الله على أن أصوم هذا اليوم غداً فعليه أن يصوم اليوم الذي قال فيه هذا القول ان قال ذلك قبل الزوال وقبل أن يتناول ما ينقض صومه ويبطل قوله غداً لانه ركب اسماً على اسم لا بحرف النسق فبطل التركيب لانه يكون ايجاب صوم هذا اليوم غداً وهذا اليوم لا يوجد في غداً فلا يكون الغد ظراً له بطل قوله غداً أو بقى قوله الله على أن أصوم هذا اليوم فينظر في ذلك اليوم فان كان قابلاً لايجاب صحح والا بطل بخلاف الفصل الاول لان اليوم قد يعتد به عن مطلق الوقت (وأما) النذر فلا يصلح عبارة عن مطلق الوقت ولا يعبر به الا عن عين الغد ولو قال الله على أن أصوم غداً اليوم فعليه أن يصوم غداً وقوله اليوم حشون كلامه لانه أو جب على نفسه صوم الغد وذلك صحيح ولم يصح قوله اليوم لانه ركب على الغد لا بحرف النسق فبطل لان صوم غداً لا يتصور وجوده في اليوم فلغنى قوله اليوم وبقى قوله الله على أن أصوم غداً ولو قال الله على صوم أمس غداً لم يلزمه شيء لان أمس لا يمكن أن يصام فيه لانه لا يعود ثانياً فبطل الالتزام فيه فلا يلزمه بقوله غداً لانه لم يوجب صوم غداً وانما جعل الغد ظراً للامس وانه لا يصلح ظراً له فلغت تسمية الغد أيضاً والاصل في هذا النوع ان اللفظ الثاني يبطل في الاحوال كلها اذا كررنا واذا بطل هذا ينظر الى اللفظ الاول فان صلح النذر به والا بطل ولو قال الله على صوم كذا كذا يوماً ولا نية له فعليه صوم أحد عشر يوماً لانه جمع بين عددين مفردين مجملين لا بحرف النسق فانصرف الى أقل عدد من مفردين يجمع بينهما لا بحرف النسق وذلك أحد عشر لان الأقل متيقن به والزيادة مشكوك فيها وان نوى شيئاً فهو على مانوى يوماً كان أو أكثر لان حمل هذا اللفظ على التكرار جائز في اللغة يقال صوم يوماً يوماً ويراد به تكرار يوم واذا جاز هذا فقد نوى ما يحتمله كلامه فعملت نيته ولو قال الله على صوم كذا وكذا يوماً فعليه صوم أحد وعشرين يوماً أن لم يكن له نية لانه جمع بين عدد من مفردين على الاكمال بحرف النسق فحمل على أقل ذلك وأقله أحد وعشرون يوماً وان كانت له نية فهو على مانوى واحد أو أكثر لان هذا مما يحتمل التكرار يقال صوم يوماً يوماً ويراد به تكرار يوم واحد ولو قال لله على صوم بضعة عشر يوماً ولانية له كان عليه صوم ثلاثة عشر يوماً لان البضع عند العرب عبارة عن ثلاثة فافوقها الى تمام العقد وهو عشرة وعشرون وثلاثون وأربعون ونحو ذلك فاذا لم يكن له نية صرف الى أقله وذلك ثلاثة عشر اذا قل متيقن ولو قال الله على صوم سنين فهو على ثلاث سنين لان الثلاث مستحقة هذا الاسم يبين ولو قال السنين فهو على عشرين سنين في قول أبي حنيفة رضى الله عنه وعندهما على الابد ولو قال على صوم الشهور فهو على عشرة أشهر عند أبي حنيفة رحمه الله اذا لم يكن له نية وعندهما على اثني عشر شهراً ولو قال صوم شهور فهو على ثلاثة أشهر بخلاف وكذا هذا في الايام وأياماً منكراً ومعرفاً وعندهما المعروف يقع على الايام السبعة وقد ذكرناه في كتاب الايمان ولو قال الله على صوم جمع هذا الشهر فعليه صوم كل يوم جمعة في ذلك الشهر اذا لم يكن له نية لان هذا اللفظ يراد به في ظاهر العادة عين يوم الجمعة ولو قال الله على صوم أيام الجمعة فعليه صوم سبعة أيام لان أيام الجمعة سبعة في تعارف الناس ولو قال الله على صوم جمعة فان كانت له نية فهو على مانوى ان نوى عين يوم الجمعة أو نوى أيامها لان ظاهر لفظه يحتمل كلاهما وان لم يكن له نية فهو على أيامها لانه يراد به في أغلب العادات أيامها والله عز شأنه أعلم ولو نذر بقربة مقصودة من صلاة أو صوم فقال رجل آخر على مثل ذلك يلزمه وكذا اذا قال على المشي الى بيت الله عز شأنه وكل مملوك لى حر وكل امرأة لى طالق اذا دخلت الدار فقال رجل آخر على مثل ذلك ان دخلت الدار ثم

دخل الثاني الدار فاته يلزمه المشي ولا يلزمه العتاق والطلاق ثم قال ألا ترى أنه لو قال على طلاق امرأتى فان الطلاق لا يقع عليها وهذا يدل على أن من قال الطلاق على واجب أنه لا يقع طلاقه قال القسودرى رحمه الله وكان أصحابنا بالعراق يقولون فيمن قال الطلاق لا يلزم يقع الطلاق لعرف الناس أنهم يريدون به الطلاق وكان محمد بن سلمة يقول أن الطلاق يقع بكل حال وحكى الفقيه أبو جعفر الهندواني عن علي بن أحمد بن نصير بن يحيى عن محمد بن مقاتل رحمه الله أنه قال المسئلة على الخلاف قال أبو حنيفة عليه الرحمة إذا قال الطلاق لا يلزم أو على واجب لم يقع وقال محمد بن يعقوب في قوله لا يلزم ولا يقع في قوله واجب وحكى ابن سبابة في نوادره عن أبي يوسف في رجل قال ألزمت نفسي طلاق امرأتى هذه أو ألزمت نفسي عتق عبدى هذا قال ابن نوى به الطلاق والعتاق فهو واقع واللام يلزمه وكذلك لو قال ألزمت نفسي طلاق امرأتى هذه ان دخلت الدار أو عتق عبدى هذا فدخل الدار وقع الطلاق والعتاق ان نوى ذلك وان لم ينو فليس بشئ جعله بمنزلة كنيات الطلاق وجه قول محمد عليه الرحمة ان الوقوع العادة والعادة في اللزوم لا نسهم يذكر ونه على ارادة الايقاع ولا عادة في الايجاب فلا يقع به شئ ولا بى يوسف رحمه الله ان الظاهر الالتزام والايجاب للنذر ويحتمل أن يراد به التزام حكم الطلاق الواقع فيقف على النية كسائر كنيات الطلاق ولا بى حنيفة رحمه الله ان الطلاق لا يحتمل الايجاب والالتزام لانه ليس بقربة فبطل وروى ابن سبابة عن أبي يوسف اذا قال رجل امرأة زيد طالق ثلاثا وريقه أحرار وعليه المشي الى بيت الله جل شأنه ان دخل هذه الدار فقال زيد نعم كان كأنه قد حلف بذلك كله لأن نعم جواب لا يستقل بنفسه فيتضمن اضمار ما خرج جواباً له كما في قوله عز شأنه فهل وجدتم ما وعد ربكم حقاً قالوا نعم تقديره نعم وجدنا ما وعدنا ربنا حقاً وكالشهود اذا قرأوا على المشهود عليه كتاب الوثيقة فقالوا نشهد عليك بما فيه فقال نعم ان لهم أن يشهدوا لان تقديره نعم اشهدوا على بما في الكتاب ولو لم يكن قال نعم ولكنه قال أجزت ذلك فهذا لم يحلف على شئ لأن قوله أجزت ليس بايجاب والتزام فلا يلزمه شئ فان قال قد أجزت ذلك على ان دخلت الدار او قال قد ألزمت نفسي ذلك ان دخلت الدار كان لازماً لانه ألزمت ما قاله فلزمه ولو ان رجلاً قال امرأة زيد طالق فقال زيد قد أجزت لزمت الطلاق وكذلك لو قال قد رضيت ما قال أو ألزمت نفسي لان هذا ليس بيمين بل هو ايقاع فيقف على الاجازة فأما اليمين فيحتاج الى الالتزام ليجوز على الحالف وينفذ عليه فلا بد من لفظ الالتزام ولو ان رجلاً قال ان بعث هذا المملوك من زيد فهو حر فقال زيد قد أجزت ذلك أو رضيت ذلك ثم اشتراه لم يعتق لان الحالف أعتق عبده بشرط فوجد الشرط في غير ملكه فلم يحنث ولا يتعلق بالاجازة حكم لان البائع لم يوقت اليمين وانما حلف في ملك نفسه ولو كان البائع قال ان اشتري زيد هذا العبد فهو حر فقال نعم ثم اشتراه عتق عليه لان البائع لم يوقت اليمين في ملك نفسه وانما أضافها الى ملك المشتري فصار عاقد اليمين موقوفة وقد أجازها من وقفت عليه فتعلق الحكم بها وقال ابن سبابة عن أبي يوسف لو ان رجلاً طلق امرأته فقال آخر على مثل ذلك فان هذا لا يلزم الثاني وكذلك لو قال على مثل هذا الطلاق لان قوله على مثل ذلك ايجاب الطلاق على نفسه والطلاق لا يحتمل الايجاب ولو حلف رجل بطلاق امرأته لا يدخل هذه الدار فقال آخر على مثل ذلك ان دخلتها فان دخلها الثاني لم يلزمه طلاق امرأته لانه أوجب على نفسه الطلاق ان دخل الدار والطلاق لا يحتمل الايجاب والالتزام لانه ليس بقربة فان أراد بهذا الايجاب اليمين فليست بطلاق حتى تطلق فان لم يفعل حتى مات أحدهما حنث لان النذر اذا أريد به اليمين صار كأنه قال لا طلقها ولو قال ذلك لا يحنث حتى يموت أحدهما كذا هذا ولو قال عبدى هذا حر ان دخلت هذه الدار فقال آخر على مثل ذلك ان دخلت هذه الدار فدخل الثاني لم يعتق عبده لانه أوجب على نفسه بدخول الدار عتقاً غير معين فكان له أن يخرج منه بشراء عبده بعتقه فلا يتعلق العتق بعبده الموجودين للاحالة واذا لم يتعلق بهم لا يلزمه عتق في ذمته لانه لو لم يلزمه لم يكن ذلك مثل ما فعله الحالف ولو ان رجلاً قال لله على نسمة ان دخلت هذه الدار فقال آخر على مثل ذلك ان دخلت فهذا لازم الاول ولا يلزم الثاني أيهما دخل لزمه نسمة لان الاول أوجب

عقاً في ذمته وذلك مما يجب بالنذر وإذا أوجب آخر مثله وجب عليه بخلاف الفصل الأول لأن ثمة ما أوجب العتق بل علق فلا يكون على الثاني إيجاب لأنه ليس بمنى ولو قال كل ما لى هدى وقال آخرو على مثل ذلك فعليه أن يهدى جميع ماله سواء كان أقل من مال الأول أو أكثر لأن معنى مثل قدره فيلزمه مثل ذلك أن كان مال الثاني أكثر وإن كان مال الثاني أقل يلزمه في ذمته تمام مال الأول لأن مطلق الإيجاب يضاف إلى هدى جميع ماله كما أوجب الأول فإذا أراد القدر فقد نوى ما يحتمله الكلام فيحمل عليه فإن قال رجل كل مال أملك إلى سنة فهو هدى فقال آخر على مثل ذلك لم يلزمه شيء لأن الثاني لم يضاف الهدى إلى الملك فلا تثبت الإضافة بالأضمار والله عز شأنه أعلم (ومنها) أن يكون المندوب إذا كان مالا مملوك الناذر وقت النذر أو كان النذر مضافاً إلى الملك أو إلى سبب الملك حتى لو نذر يهدى مالا يملكه أو بصدقة مالا يملكه للحال لا يصبح لقوله عليه الصلاة والسلام لا نذر فيما لا يملك ابن آدم إلا إذا أضاف إلى الملك أو إلى سبب الملك بأن قال كل مال أملكه فيما استقبل فهو هدى أو قال فهو صدقة أو قال كلما اشتريته أو أُرثه فيصبح عند أصحابنا خلافاً للشافعي رحمه الله والصحيح قولنا لقوله عز وجل ومنهم من عاهد الله لئن آتانا من فضله لنصدقن ولنكونن من الصالحين إلى قوله تعالى فأعقبهم نفاقاً في قلوبهم إلى يوم يلقونه بما أخلفوا الله ما وعدوه وبما كانوا يكذبون دلت الآية الشريفة على صحة النذر المضاف لأن الناذر بنذره عاهد الله تعالى الوفاء بنذره وقد لزمه الوفاء بما عاهد المؤاخذه على ترك الوفاء به ولا يكون ذلك إلا في النذر الصحيح (ومنها) أن لا يكون مفروضاً ولا واجباً فلا يصح النذر بشيء من الفرائض سواء كان فرض عين كالصلوات الخمس وصوم رمضان أو فرض كفاية كالجهاد و صلاة الجنازة ولا شيء من الواجبات سواء كان عيناً كالوتر و صدقة الفطر والعمرة والضحية أو على سبيل الكفاية كتجهيز الموتى وغسلهم وورد السلام ونحو ذلك لأن إيجاب الواجب لا يتصور (وأما) الذي يرجع إلى نفس الركن نخلوه عن الاستثناء فإن دخله أبطله

﴿فصل﴾ (وأما) حكم النذر في الكلام فيه في مواضع الأول في بيان أصل الحكم والثاني في بيان وقت ثبوته والثالث في بيان كيفية ثبوته أما أصل الحكم فالنذر لا يخلو من أن يكون نذراً مسمى أو نذراً ولم يسم فإن نذراً مسمى فحكمه وجوب الوفاء بما سمي بالكتاب العزيز والسنة والجماع والمعقول (أما) الكتاب الكريم فقوله عز شأنه وليوفوا نذورهم وقوله تعالى وأوفوا بالعهدان العهد كان مسؤولاً وقوله سبحانه وأوفوا بعهدي أوفوا بعهدي والنذر نوع عهد من الناذر مع الله جل وعلا فيلزمه الوفاء بما عاهد وقوله جللت عظمته وأوفوا بالعقود أي العهد وقوله عز شأنه ومنهم من عاهد الله لئن آتانا من فضله لنصدقن إلى قوله تعالى بما أخلفوا الله ما وعدوه ألزم الوفاء بعهده حيث أوعده على ترك الوفاء (وأما) السنة فقول النبي عليه الصلاة والسلام من نذر أن يطيع الله تعالى فليطعه وقوله عليه الصلاة والسلام من نذر وسمى فعليه الوفاء بما سمي وعلى كلمة إيجاب وقوله عليه الصلاة والسلام المسلمون عند شروطهم والنذر شرط الوفاء بما نذر فيلزمه مراعاة شرطه وعليه إجماع الأمة (وأما) المعقول فهو أن المسلم يحتاج إلى أن يتقرب إلى الله سبحانه وتعالى بنوع من القرب المقصودة التي له رخصة تركها لما يتعلق به من المعاقبة الحميدة وهي نيل الدرجات العلى والسعادة العظمى في دار الكرامة وطبعه لا يطأه على تحصيله بل يمنعه عنه لما فيه من المضرة الحاضرة وهي المشقة ولا ضرورة في الترك فيحتاج إلى اكتساب سبب يخرج به عن رخصة الترك ويلحقه بالفرائض الموطقة وذلك يحصل بالنذر لأن الوجوب يحمله على التحصيل خوفاً من مضرة الترك فيحصل مقصوده فثبت أن حكم النذر الذي فيه تسمية هو وجوب الوفاء بما سمي وسواء كان النذر مطلقاً أو مقيداً بمعلماً بشرط بأن قال إن فعلت كذا ففعلت لله حججاً أو عمرة أو صوم أو صلاة أو ما أشبه ذلك من الطاعات حتى لو فعل ذلك يلزمه الذي جعله على نفسه ولم يخرج عنه كفارة وهذا قول أصحابنا رضي الله عنهم وقال الشافعي رحمه الله أن علقه بشرط يريد كونه لا يخرج عنه بالكفارة كما إذا قال إن شفى الله مريضاً أو إن قدم غائبى فعلى كذا وإن علقه بشرط لا يريد كونه بأن قال إن كلمت فلاناً أو قال إن دخلت الدار فله على

كذا يخرج عنه بالكفارة وهو بالغيار ان شاء وفي بالنذر وان شاء كفر وأصحاب الشافعي رحمه الله يسمون هذا
يمين الغصب وروى عامر عن علي بن مبدع عن محمد رحمهم الله أنه رجع عن ذلك وقال يحزى فيه كفارة اليمين وروى
عبد الله بن المبارك وغيره عن أبي حنيفة رحمه الله أنه يحزى به كفارة اليمين وروى أن أبا حنيفة عليه الرحمة رجع الى
الكفارة في آخر عمره فانه روى عن عبد المزي بن خالد أنه قال قرأت على أبي حنيفة رحمه الله كتاب الايمان فلما
اتميت الى هذه المسئلة قال قف فان من رأي أن أرجع الى الكفارة قال فخرجت حاجباً فلما رجعت وجدت
أبا حنيفة عليه الرحمة قد مات فأخبرني الوليد بن أبان أن أبا حنيفة رجع عن الكفارة والمسئلة مختلفة بين الصحابة
رضي الله عنهم روى عن علي وعبد الله بن عباس رضي الله عنهم ان عليه الوفاء بما سمى وعن سيدنا عمر وعبد الله بن
سيدنا عمر وسيدتنا عائشة وسيدتنا حفصة رضي الله عنهم ان عليه الكفارة احتج من قال بوجوب الكفارة
بقوله جل عظمته ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان وقوله جل شأنه ذلك كفارة أيمانكم وهذا يمين لان اليمين بغير
الله تعالى جل شأنه شرط وجزاء وهذا كذلك وروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال النذر يمين وكفارته
كفارة اليمين وهذا نص ولان هذا في معنى اليمين بالله تعالى جل شأنه لان المقصد من اليمين بالله تعالى الامتناع من
الحلوف عليه أو تحصيله خوفاً من لزوم الحنث وهذا موجود ههنا لانه ان قال ان فعلت كذا فعلى حجة فقد قصد الامتناع
من تحصيل الشرط وان قال ان لم أفعل كذا فعلى حجة فقد قصد تحصيل الشرط وكل ذلك خوفاً من الحنث فكان
في معنى اليمين بالله تعالى فتلزمه الكفارة عند الحنث (ولنا) قوله جل شأنه ومنهم من عاهد الله لئن آتانا من فضله
الآية وغيره من نصوص الكتاب العزيز والسنة المقتضية لوجوب الوفاء بالنذر عاماً مطلقاً من غير فصل بين
المطلق والمعلق بالشرط والوفاء بالنذر هو فعل ما تناوله النذر لا الكفارة ولان الاصل اعتبار التصرف على الوجه
الذي أوقعه المتصرف تنجزاً كان أو تعليقاً بشرط والمتصرف أوقعه نذراً عليه عند وجود الشرط وهو ايجاب
الطاعة المذكورة لا ايجاب الكفارة واحتج أبو يوسف رحمه الله في ذلك وقال القول بوجوب الكفارة يؤدي
الى وجوب القليل بايجاب الكثير وجوب الكثير بايجاب القليل لانه لو قال ان فعلت كذا فعلى صوم سنة أو
اطعام ألف مسكين لزمه صوم ثلاثة أيام أو اطعام عشرة مساكين ولو قال ان فعلت كذا فعلى صوم يوم أو اطعام مسكين
لزمه اطعام عشرة مساكين أو صوم ثلاثة ولا حاجة لهم بالآية الكريمة لان المراد بها اليمين بالله عز شأنه لان الله تعالى
أثبت باليمين المعقودة ما فاه يمين اللغو بقوله تعالى جل عظمته لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن يؤاخذكم
بما عقدتم الايمان والمراد من النفي اليمين بالله تعالى كذا في الاثبات والحديث محمول على النذر المبهم توفيقاً بين الدلائل
صيانة لها عن التناقض وأما قولهم ان هذا في معنى اليمين بالله تعالى ممنوع بأن النذر المعلق بالشرط صريح في الايجاب عند
وجود الشرط واليمين بالله تعالى ليس بصحيح في الايجاب وكذا الكفارة في اليمين بالله تعالى تجب جبراً أهتكت حرمة اسم
الله عز اسمه الحاصل بالحنث وليس في الحنث ههنا أهتكت حرمة اسم الله تعالى وانما فيه ايجاب الطاعة فلم يكن في معنى
اليمين بالله تعالى ثم الوفاء بالمندور به نفسه حقيقة انما يجب عند الامكان فاما عند التعذر فاما يجب الوفاء به قدراً بخلفه
لان الخلف يقوم مقام الاصل كانه هو كالتراب حال عدم الماء والا شهر حال عدم الاقراء حتى لو نذر الشيخ الفاني
بالصوم يصبح نذره وتلزمه القديلة لانه عاجز عن الوفاء بالصوم حقيقة فيلزمه الوفاء به قدراً بخلفه ويصير كانه صام وعلى
هذا يخرج أيضاً النذر بذبح الولد أنه يصح عند أبي حنيفة عليه الرحمة ومحمد رحمه الله ويجب ذبح الشاة لانه ان عجز عن
تحقيق القرية بذبح الولد حقيقة لم يجز عن تحقيقها بذبحه قدراً بذبح خلفه وهو الشاة كما في الشيخ الفاني اذا نذر
بالصوم (وأما) وجوب الكفارة عند فوات المندور به اذا كان معيماً بأن نذر صوم شهر بيمينته ثم أضر فهل هو من
حكم النذر بحملة الكلام فيه أن الناذر لا يخلو اما ان قال ذلك ونوى النذر ولم يخطر بباله اليمين أو نوى النذر ونوى
أن لا يكون ميمناً ولم يخطر بباله شيء لا النذر ولا اليمين أو نوى اليمين ولم يخطر بباله النذر أو نوى اليمين ونوى أن لا يكون

نذراً أو نوى النذر واليمين جميعاً فإن لم يخطر بباله شيء لا النذر ولا اليمين أو نوى النذر ولم يخطر بباله اليمين أو نوى النذر
ونوى أن لا يكون يميناً يكون نذراً بالاجماع وان نوى اليمين ونوى أن لا يكون نذراً يكون يميناً ولا يكون نذراً
بالاتفاق وان نوى اليمين ولم يخطر بباله النذر أو نوى النذر واليمين جميعاً كان نذراً أو يميناً في قول أبي حنيفة ومحمد
وعند أبي يوسف يكون يميناً ولا يكون نذراً والاصل عند أبي يوسف لا يتصور أن يكون الكلام الواحد نذراً
ويميناً بل إذا بقي نذراً لا يكون يميناً وإذا صار يميناً لم يبق نذراً وعند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله يجوز أن يكون الكلام
الواحد نذراً ويميناً (وجه) قول أبي يوسف أن الصيغة للنذر حقيقة وتحتل اليمين مجازاً المناسبة بينهما يكون كل
واحد منهما سبباً لوجوب الكف عن فعل أو الأقدام عليه فإذا ثبت الحقيقة معتبرة لم يثبت المجاز وإذا انقلب مجازاً لم
تبق الحقيقة لأن الكلام الواحد لا يشتمل على الحقيقة والمجاز لما بينهما من التناقض إذا الحقيقة من الاسامى ما تقرر في
المحل الذي وضع له والمجاز ما جاوز محل وضعه وانتقل عنه إلى غيره لضرب مناسبة بينهما ولا يتصور أن يكون الشيء
الواحد في زمان واحد متقرر في محله ومتقللاً عنه إلى غيره (ولهما) أن النذر فيه معنى اليمين لأن النذر وضع لا يجاب
الفعل مقصوداً تعظيماً لله تعالى وفي اليمين وجوب الفعل المحلوف عليه إلا أن اليمين ما وضعت لذلك بل لتحقيق الوعد
والوعد وجوب الفعل لضرورة تحقق الوعد والوعد لا أنه يثبت مقصوداً باليمين لانهما ما وضعت لذلك وإذا كان
وجوب الفعل فيها غير ممكن الفعل واجباً في نفسه ولهذا تعتقد اليمين في الأفعال كلها واجبة كانت أو محظورة أو
مباحة ولا ينعقد النذر إلا فيما لله تعالى من جنسه إيجاب ولهذا يصح اقتداء الناذر بالنذر لتغاير الواجبين لأن صلاة
كل واحد منهما وجبت بنذره فتتغير الواجبات ولم يصح الاقتداء ويصح اقتداء الخالف بالخالف لأن المحلوف
عليه إذا لم يكن واجباً في نفسه كان في نفسه فلا كان اقتدى المتنفل بالمتنفل فصح وإذا ثبت أن المنذور واجب في نفسه
والمحلوف واجب لغيره فلا شك أن ما كان واجباً في حق نفسه كان في حق غيره واجباً فكان معنى اليمين وهو
الوجوب لغيره موجوداً في النذر فكان كل نذره معنى اليمين إلا أنه لا يعتبر لوقوع النسبة بوجوبه في حق نفسه عن
وجوبه في حق غيره فإذا نواه فقد اعتبره فصار نذراً ويميناً وبه تبين أن ليس هذا من باب الجمع بين الحقيقة والمجاز في
لفظ واحد لأن المجاز ما جاوز محل الحقيقة إلى غيره لنوع مناسبة بينهما وهذا ليس من هذا القليل بل هو من
جعل ما ليس بمعتبر في محل الحقيقة مع وجوده وتقرره معتبراً بالنسبة فلم يكن من باب المجاز والدليل على أنه يجوز
اشتغال لفظ واحد على معنيين مختلفين كالكتابة والاعتاق على مال أن كل واحد منهما يشتمل على معنى اليمين ومعنى
المعاوضة على ما ذكرنا في كتاب العتاق والمكاتب (وأما) النذر الذي لا تسمية فيه فحكمه وجوب ما نوى أن كان الناذر
نوى شيئاً سواء كان مطلقاً عن شرط أو معلقاً بشرط بأن قال لله على نذراً أو قال إن فعلت كذا فله على نذراً فان نوى
صوماً أو صلاةً أو حجاً أو عمرةً لزمه الوفاء به في المطلق للحال وفي المعلق بالشرط عند وجود الشرط ولا تجز به الكفارة في
قول أصحابنا على ما بينا وإن لم تكن له نية فعلية كفارة اليمين غير أنه ان كان مطلقاً بحث للحال وإن كان معلقاً بشرط بحث
عند الشرط لقوله عليه الصلاة والسلام النذر يمين وكفارته كفارة اليمين والمراد منه النذر المبهم الذي لا نية للناذر فيه
وسواء كان الشرط الذي علق به هذا النذر مباحاً أو معصيةً بأن قال إن صمت أو صليت فله على نذري يجب عليه أن
يبحث نفسه ويكفر عن يمينه لقوله عليه الصلاة والسلام من حلف على يمين فرأى غيرها خيراً منها فليأت الذي هو
خير وليكفر عن يمينه ولو نوى في النذر المبهم صيماً ما ولم ينو عدداً فعلياً صيام ثلاثة أيام في المطلق للحال وفي المعلق إذا وجد
الشرط وإن نوى طعاماً ما ولم ينو عدداً فعلياً طعام عشرة مساكين لكل مسكين نصف صاع من خنطة لأنه لو لم يكن له نية
لكان عليه كفارة اليمين لما ذكرنا أن النذر المبهم يمين وإن كفارته كفارة يمين بالنص فلما نوى به الصيام انصرف إلى
صيام الكفارة وهو صيام ثلاثة أيام وانصرف الاطعام إلى طعام الكفارة وهو اطعام عشرة مساكين ولو قال لله على
صدقة فعلياً نصف صاع ولو قال لله على صوم فعلياً صوم يوم ولو قال لله على صلاة فعلياً ركعتان لأن ذلك أدنى ما ورد

الامر به والنذر يعتبر بالامر فاذا لم ينوش شيئاً ينصرف الى أدنى ما ورد به الامر في الشرع (وأما) وقت ثبوت هذا الحكم فالنذر لا يخلو اما أن يكون مطلقاً واما أن يكون معلقاً بشرط أو مقيداً بمكان أو مضافاً الى وقت والمندور لا يخلو اما ان كان قرينة بدنية كالصوم والصلاة واما ان كان مالية كالصدقة فان كان النذر مطلقاً عن الشرط والمكان والزمان فوقت ثبوت حكمه وهو وجوب المندور به هو وقت وجود النذر فيجب عليه في الحال مطلقاً عن الشرط والمكان والزمان لان سبب الوجوب وجد مطلقاً فيثبت الوجوب مطلقاً وان كان معلقاً بشرط نحو أن يقول ان شفى الله مريضاً أو ان قدم فلان الغائب فله على أن أصوم شهر أو أصلي ركعتين أو أتصدق بدرهم ونحو ذلك فوقته وقت الشرط فلم يوجد الشرط لا يجب بالاجماع ولو فعل ذلك قبل وجود الشرط يكون تفللاً لان المعلق بالشرط عدم قبل وجود الشرط وهذا لان تعليق النذر بالشرط هو اثبات النذر بعد وجود الشرط كتعليق الحرية بالشرط اثبات الحرية بعد وجود الشرط فلا يجب قبل وجود الشرط لانعدام السبب قبله وهو النذر فلا يجوز تقديمه على الشرط لانه يكون اداء قبل الوجوب وقبل وجود سبب الوجوب فلا يجوز كما لا يجوز التكفير قبل الحنث لانه شرط أن يؤديه بعد وجود الشرط فيلزمه مراعاة شرطه لقوله عليه الصلاة والسلام المسلمون عند شروطهم وان كان مقيداً بمكان بان قال الله على أن أصلي ركعتين في موضع كذا أو أتصدق على فقراء بلد كذا يجوز أدائه في غير ذلك المكان عند أصحابنا الثلاثة رحمهم الله وعند زفر رحمه الله لا يجوز الا في المكان المشروط (وجه) قوله أنه أوجب على نفسه الاداء في مكان مخصوص فاذا أدى في غير لم يكن مؤدياً ما عليه فلا يخرج عن عهدة الواجب ولان ايجاب العبد يعتبر بايجاب الله تعالى وما أوجبه الله تعالى مقيداً بمكان لا يجوز أدائه في غيره كالتحرر في الحرم والوقوف بعرفة والطواف بالبيت والسعي بين الصفا والمروة كذا ما أوجبه العبد (ولنا) ان المقصود والمبتغى من النذر هو التقرب الى الله عز وجل فلا يدخل تحت نذره الا ما هو قرينة وليس في عين المكان وانما هو محل اداء القرينة فيه فلم يكن بنفسه قرينة فلا يدخل المكان تحت نذره فلا يتقيد به فكان ذكره والسكوت عنه بمنزلة وان كان مضافاً الى وقت بان قال الله على أن أصوم رجب أو أصلي ركعتين يوم كذا أو أتصدق بدرهم في يوم كذا فوقت الوجوب في الصدقة هو وقت وجود النذر في قولهم جميعاً حتى يجوز تقديمها على الوقت بلا خلاف بين أصحابنا واختلف في الصوم والصلاة قال أبو يوسف وقت الوجوب فيهما وقت وجود النذر وعند محمد عليه الرحمة وقت مجيء الوقت حتى يجوز تقديمه على الوقت في قول أبي يوسف ولا يجوز في قول محمد رحمه الله (وجه) قول محمد ان النذر بايجاب ما شرع في الوقت فلا لا ترى ان النذر بما ليس بمشروع تفللاً وفي وقت لا يتصور كصوم الليل وغيره لا يصبح والنذر أوجب على نفسه الصوم في وقت مخصوص فلا يجب عليه قبل مجيئه بخلاف الصدقة لانها عبادة مالية لا تعلق لها بالوقت بل بالمال فكان ذكر الوقت فيه لغوا بخلاف العبادة البدنية (وجه) قول أبي يوسف ان الوجوب ثابت قبل الوقت المضاف اليه النذر فكان الاداء قبل الوقت المذكور اداء بعد الوجوب فيجوز والدليل على تحقق الوجوب قبل الوقت المعين وجهان أحدهما ان العبادات واجبة على الدوام بشرط الا مكان وانتفاء الحرج بالنصوص والمعقول (أما) النصوص فقوله عز شأنه يأمر الناس اعبداوا بكم وافعلوا الخير وقوله تعالى اعبداوا الله ولا تشركوا به شيئاً ونحو ذلك (وأما) المعقول فهو ان العبادة ليست الا خدمة المولى وخدمة المولى على العبد مستحقة والتبرع من العبد على المولى محال والعبودية دائمة فكان وجوب العبادة عليه دائماً ولان العبادات وجبت شكراً للنعمة والنعمة دائمة فيجب أن يكون شكرها دائماً حسب دوام النعمة الا ان الشرع رخص للعبد تركها في بعض الاوقات فاذا نذر فقد اختار العزيمة وترك الرخصة فيعود حكم العزيمة كالمسافر اذا اختار صوم رمضان فصام سقط عنه القرض لان الواجب عليه هو الصوم الا أنه رخص له تركه لعذر السفر فاذا صام فقد اختار العزيمة وترك الرخصة فعاد حكم العزيمة لهذا المعنى كان الشرع في نقل العبادة للزوم في الحقيقة بما ذكرنا من الدلائل بالشرع الا أنه لما شرع فقد اختار العزيمة وترك الرخص فعاد حكم العزيمة كذا في النذر والثاني أنه وجبه سبب الوجوب للحال وهو

النذر وانما الاجل ترفيه يترقبه في التأخير فاذا عجل فقد أحسن في اسقاط الاجل فيجوز كفاي الإقامة في حق المسافر
 لصوم رمضان وهذا لان الصيغة صيغة إيجاب أعني قوله الله على أن أصوم والا صل في كل لفظ موجود في زمان
 اعتباره فيه فياقتضيه في وضع اللغة ولا يجوز ابطاله ولا تغييره الى غير ما وضع له الا بدليل قاطع أو ضرورة داعية
 ومعلوم أنه لا ضرورة الى ابطال هذه الصيغة ولا الى تغييرها ولا دليل سوى ذكر الوقت وأنه محتمل قديماً
 للوجوب فيه كفاي باب الصلاة وقد يذكر لصحة الاداء كفاي الحج والاضحية وقد يذكر للترفيه والتوسعة كفاي
 وقت الإقامة للمسافر والحول في باب الزكاة فكان ذكر الوقت في نفسه محتملاً فلا يجوز ابطال صيغة الإيجاب
 الموجودة للحال مع الاحتمال فبقيت الصيغة موجبة وذكر الوقت للترفيه والتوسعة كيلا يؤدي الى ابطال الثابت يقيين
 الى أمر محتمل وبه تبين ان هذا ليس بإيجاب صوم رجب عينا بل هو إيجاب صوم مقدر بالشهر أى شهر كان فكان
 ذكر رجب لتقرير الواجب لا للتمييز فإى شهر اتصل الاداء به تعين ذلك الشهر للوجوب فيه وان لم يتصل به الاداء
 الى رجب تعين رجب للوجوب الاداء فيه فكان تعيين كل شهر قبل رجب باتصال الاداء به وتعيين رجب بمجيئه قبل
 اتصال الاداء بشهر قبله كفاي باب الصلاة أنها تجب في جزء من الوقت غير عين وانما تعين الوجوب بالشروع ان شرع
 فيها وان لم يشرع الى آخر الوقت تعين آخر الوقت للوجوب وهو الصحيح من الاقوال على ما عرف في أصول
 الفقه وكفاي النذر المطلق عن الوقت وسائر الواجبات المطلقة عن الوقت من قضاء رمضان والكفارة وغيرها انها
 تجب في مطلق الوقت في غير عين وانما تعين الوجوب اما باتصال الاداء به واما بآخر العمر اذا صار الى حال لو لم يؤد لقات
 بالموت (وأما) كيفية ثبوته فالنذر لا يخلو اما أن أضيف الى وقت مبهم واما أن أضيف الى وقت معين فان أضيف
 الى وقت مبهم بان قال الله على أن أصوم شهر اول نية له فحكم الامر المطلق عن الوقت واختلف اهل الاصول
 في ذلك ان حكمه وجوب الفعل على الفور أم على التراخي حكى الكرخي رحمه الله عن أصحابنا أنه على الفور وروى ابن
 شجاع البلخي عن أصحابنا أنه يجب وجوباً موسعاً فظهر الاختلاف بين أصحابنا في الحج فعند أبي يوسف يجب
 على الفور وعند محمد على التراخي وروى عن أبي حنيفة عليه الرحمة مثل قول أبي يوسف وقال عامة مشايخنا بما وراء
 النهر انه على التراخي وتفسير الواجب على التراخي عندهم انه يجب في جزء من عمره غير عين واليه خيار التعيين ففى أى
 وقت شرع فيه تعين ذلك الوقت للوجوب وان لم يشرع بتضييق الوجوب في آخر عمره اذا بقي من آخر عمره قدر ما
 يمكنه الاداء فيه بغالب ظنه حتى لو مات قبل الاداء يأنم بتركه وهو الصحيح لان الامر بالفعل مطلق عن الوقت فلا
 يجوز تقييده الا بدليل فكذلك النذر لان النصوص المقتضية لوجوب الوفاء بالنذر مطلقة عن الوقت فلا يجوز تقييدها
 الا بدليل وكذا سبب الوجوب وهو النذر وجد مطلقاً عن الوقت والحكم يثبت على وفق السبب فيجب عليه ان
 يصوم شهراً من عمره غير عين وخيار التعيين اليه الى ان يغلب على ظنه القوت لو لم يصم فيضيق الوقت حينئذ وكذا
 حكم الاعتكاف المضاف الى وقت مبهم بان قال الله على ان اعتكف شهر اول نية له وهذا بخلاف اليمين بالكلام بان
 قال والله لا أكلم فلان شهراً انه يمين الشهر الذي الى اليمين وكذا الاجارة بان أجر داره أو عبده شهراً فانه يمين الشهر
 الذي الى العقد لانه أضاف النذر الى شهر منكر والصرف الى الشهر الذي الى النذر يعين المنكر ولا يجوز تعيين المنكر
 الا بدليل هو الاصل وقد قام دليل التعيين في باب اليمين والاجارة لان غرض الخالف منع نفسه عن الكلام والانسان
 انما يمنع نفسه عن الكلام مع غيره لا هائنه والاستخفاف به لداع يدعو الى ذلك الحال والاجارة تنعقد للحاجة الى
 الانتفاع بالمستأجر والحاجة قائمة عقيب العقد فتعين الزمان المتعقب للعقد لثبوت حكم الاجارة ويجوز تعيين المبهم عند
 قيام الدليل المعين ولو نوى شهر معيناً صحت نيته لانه نوى ما يحتمله لفظه وفيه تشديد عليه ثم في النذر المضاف الى
 وقت مبهم اذا عين شهر للصوم فهو بالخيار ان شاء تابع وان شاء فرق بخلاف الاعتكاف انه اذا عين شهر الاعتكاف
 فلا بد وأن يعتكف متتابعاً في النهار والليالي جميعاً لان الإيجاب في النوعين حصل مطلقاً عن صفة التتابع الا أن في

ذات الاعتكاف ما يوجب التتابع وهو كونه لبناً على الدوام فكان مبناه على الاتصال واللبالي والنهر قابلة لذلك فلا بد من التتابع ومبنى الصوم ليس على التتابع بل على التفریق لما بين كل يومين ما لا يصلح له وهو الليل فبقى له الخيار وان أضيف الى وقت معين بأن قال الله على أن أصوم غداً يجب عليه صوم الغد وجوباً مضمياً ليس له رخصة التأخير من غير عذر وكذا اذا قال الله على صوم رجب فلم يصم فيما سبق من الشهر وعلى رجب حتى هم رجب لا يجوز له التأخير من غير عذر لانه اذا لم يصم قبله حتى جاء رجب تعين رجب لوجوب الصوم فيه على التضييق فلا يباح له التأخير ولو صام رجب وأفطر منه يوماً لا يلزمه الاستقبال ولكنه يقضى ذلك اليوم من شهر آخر بخلاف ما اذا قال الله على أن أصوم شهرًا متتابعاً أو قال أصوم شهر أو نوى التتابع فأفطر يوماً منه يستقبل لأن هناك أوجب على نفسه صوماً موصوفاً بصفة التتابع وصح الإيجاب لأن صفة التتابع زيادة قرباً لما يلحقه بمواعيدها من زيادة مشقة وهي صفة معتبرة شرعاً ورد الشرع بها في كفارة القتل والظهار والافطار والممين عندنا فيصح التزامه بالنذر فيلزمه كما التزم فاذا ترك فلم يأت بالملتزم فيستقبل كما في صوم كفارة الظهار والقتل فأما هنا فأوجب على نفسه صوماً متتابعاً وانما وجب عليه التتابع لضرورة تجاؤر الأيام لأن أيام الشهر متجاورة فكانت متتابعة فلا يلزمه الا قضاء ما أفطر كما لو أفطر يوماً من رمضان لا يلزمه الا قضاؤه وان كان صوم شهر رمضان متتابعاً لما قلنا كذا هذا ولا نألوأزمناه الاستقبال لوقوع أكثر الصوم في غير ما أضيف اليه النذر ولو أنهم وقضى يوماً كان مؤدياً أكثر الصوم في الوقت المعين فكان هذا أولى ولو أفطر رجب كله قضى في شهر آخر لانه فوت الواجب عن وقته فصاردنا عليه والدين مقضى على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم ولهذا وجب قضاء رمضان اذا فات عن وقته ولأن الوجوب عند النذر بإيجاب الله عز شأنه فيعتبر بالإيجاب المبتدأ وما أوجبه الله تعالى عز شأنه على عباده ابتداء لا يسقط عنه الا بالاداء أو بالقضاء كذا هذا والله تعالى عز شأنه أعلم

كتاب الكفارات

الكلام في الكفارات في مواضع في بيان أنواعها وفي بيان وجوب كل نوع وفي بيان كيفية وجوبه وفي بيان شرط وجوبه وفي بيان شرط جوازه (أما) الأول فالكفارات الممهودة في الشرع خمسة أنواع كفارة اليمين وكفارة الحلق وكفارة القتل وكفارة الظهار وكفارة الافطار والكل واجبة إلا أن أربعة منها عرف وجوبها بالكتاب العزيز وواحدة منها عرف وجوبها بالسنة (أما) الأربعة التي عرف وجوبها بالكتاب العزيز فكفارة اليمين وكفارة الحلق وكفارة القتل وكفارة الظهار قال الله تعالى عز شأنه في كفارة اليمين لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان فكفارته اطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم أو تحرير رقبة فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام ذلك كفارة أيمانكم اذا حلقتكم والكفارة في عرف الشرع اسم للواجب وقال جل شأنه في كفارة الحلق فمن كان منكم مريضاً أو به أذى من رأسه ففدية من صيام أو صدقة أو نسك أي فعلية فدية من صيام أو صدقة أو نسك وقال تعالى في كفارة القتل ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة الى قوله تعالى فان كان من قوم عدولكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة وان كان من قوم يئسكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة الى أهله وتحرير رقبة مؤمنة فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين توبة من الله أي فعلية تحريم رقبة مؤمنة وعليه ذلك وعليه صوم شهرين متتابعين لان صبيغته وان كانت صبيغة الخبر لكن لو حمل على الخبر لا أدى الى الخلف في خبر من لا يحتمل خبره الخلف فيحمل على الإيجاب والا مر بصبيغة الخبر كثير النظير في القرآن قال الله تعالى والوالدات يرضعن أولادهن أي ليرضعن وقال عز شأنه والمطلقات يتربصن بأنفسهن أي ليستربصن ونحو ذلك وقال الله تعالى في كفارة الظهار والذين يظاھرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا الى قوله تعالى فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل

أن يتم سافن لم يستطع فاطعام ستين مسكينا أى فعليهم ذلك لما قلنا (وأما) كفارة الافطار فلاذ كرها في الكتاب العزيز وإنما عرف وجوبها بالسنة وهو ما روى أن اعرابا جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال يا رسول الله هلكت وأهلك فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم ماذا صنعت فقال واقعت امرأتى في شهر رمضان متعمدا فقال النبي عليه الصلاة والسلام أعتق رقبة قال ليس عندي ما أعتق فقال له عليه الصلاة والسلام صم شهرين متتابعين قال لا أستطيع فقال له عليه الصلاة والسلام اطعم ستين مسكينا فقال لا أجد ما أطعم فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بمرق فيه خمسة عشر صاعا من تمر فقال خذها وافرقها على المساكين فقال أعلى أهل بيت أحوج مني والله ما بين لا بقى المدينة أحد أحوج مني ومن عيالى فقال له النبي عليه الصلاة والسلام كلها وأطعم عيالك تحزبك ولا تحزى أحد بعدك وفي بعض الروايات ان الاعرابي لما قال ذلك تبسم رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى بدت نواجذه ثم قال عليه الصلاة والسلام كلها وأطعم عيالك تحزبك ولا تحزى أحد بعدك فقد أمر عليه الصلاة والسلام بالاعتاق ثم بالصوم ثم بالاطعام ومطلق الأمر محمول على الوجوب والله عز شأنه أعلم

فصل وأما بيان كيفية وجوب هذه الأنواع فلو جوب بها كقيمتان أحدهما ان بعضها واجب على التعمين مطلقا وبعضها على التخيير مطلقا وبعضها على التخيير في حال والتعمين في حال (أما) الأول فكفارة القتل والظهار والافطار لان الواجب في كفارة القتل التحريم على التعمين لقوله عز شأنه ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة الى قوله جل شأنه فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين والواجب في كفارة الظهار والافطار ما هو الواجب في كفارة القتل وزيادة الاطعام اذا لم يستطع الصيام لقوله عز شأنه فمن لم يستطع فاطعام ستين مسكينا وكذا الواجب في كفارة الافطار لما روي من الحديث (وأما) الثاني فكفارة الحلق لقوله عز شأنه فقدية من صيام أو صدقة أو نسك وأما الثالث فهو كفارة العمين لان الواجب فيها أحد الاشياء الثلاثة باختياره فعلا غير عين وخيار التعمين الى الخالف يعين أحد الاشياء الثلاثة باختياره فعلا وهذا مذهب أهل السنة والجماعة في الأمر بأحد الاشياء انه يكون أمرا بواحد منها غير عين وللمأمر خيار التعمين وقالت المعتزلة يكون أمرا بالكل على سبيل البدل وهذا الاختلاف بناء على أصل مختلف بيننا وبينهم معروف يذكروا في أصول الفقه والصحيح قولنا لان كلمة أو اذا دخلت بين أفعال يراد بها واحد منها لا الكل في الاخبار واليجاب جميعا يقال جاء في زيد أو عمرو ويراد به مجيء أحدهما ويقول الرجل لا آخرب هذا أو هذا ويكون توكيلا ببيع أحدهما فاقول بوجوب الكل يكون عدولا عن مقتضى اللغة ولدلائل آخر عرفت في أصول الفقه فان لم يجد شيئا من ذلك فعليه صيام ثلاثة أيام على التعمين لقوله عز شأنه فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام ذلك كفارة أيما نكح اذا حلقت والثانية أن الكفارات كلها واجبة على التراخي هو الصحيح من مذهب أصحابنا في الأمر المطلق عن الوقت حتى لا يأنهم بالتأخير عن أول أوقات الامكان ويكون مؤديلا قاضيا ومعنى الوجوب على التراخي هو أن يجب في جزء من عمره غير عين وإنما يعمين بتعيينه فعلا أو في آخر عمره بأن أخره الى وقت يغلب على ظنه انه لو لم يؤد فيه لغات فاذا أدى فقد أدى الواجب وان لم يؤد حتى مات أتم لتضييق الوجوب عليه في آخر العمر وهل يؤخذ من تركته ينظر ان كان لم يوص لا يؤخذ ويستقط في حق أحكام الدنيا عندنا كالزكاة والنذر ولو تبرع عنه ورثته جاز عنه في الاطعام والكسوة وأطعموا في كفارة العمين عشرة مساكين أو كسوتهم وفي كفارة الظهار والافطار أطعموا ستين مسكينا ولا يجبرون عليه ولا يجوز أن يعتقوا عنه لان التبرع بالاعتاق عن الغير لا يصح ولا أن يصوموا عنه لانه عبادة بدنية محضة فلا تجرى فيه النيابة وقدرى عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال لا يصوم أحد عن أحد ولا يصلي أحد عن أحد وان كان أوصى بذلك يؤخذ من ثلث ماله فيطعم الوصى في كفارة العمين عشرة مساكين أو كسوتهم أو تحرير رقبة لانه لما أوصى فقد بقى ملكه في ثلث ماله وفي كفارة القتل والظهار والافطار تحرير رقبة ان بلغ ثلث ماله قيمة الرقبة وان لم يبلغ أطعم ستين مسكينا في كفارة الظهار والافطار ولا يجب الصوم فيها وان أوصى لان الصوم نفسه لا يحتمل النيابة

ولا يجوز القداء عنه بالطعام لانه في نفسه بدل والبدل لا يكون له بدل ولو أوصى أن يطعم عنه عشرة مساكين عن كفارة
عينه ثم مات فعدى الوصى عشرة ثم ماتوا يستأنف فيعدى ويمشى غيرهم لانه لا سبيل الى تفريق القداء والعشاء على
شخصين لما نذكر ولا يضمن الوصى شيئاً لانه غير متعد لا يصنع له في الموت ولو قال أطعموا عني عشرة مساكين
غداء وعشاء ولم يسم كفارة فعدوا عشرة ثم ماتوا يمضوا عشرة غيرهم لانه لم يأمر بذلك على وجه الكفارة ألا ترى انه لم
يسم كفارة فكان سببه النذر فجاز التفريق والله تعالى عز شأنه أعلم

﴿فصل﴾ وأما شرائط وجوب كل نوع فكل ما هو شرط انعقاد سبب وجوب هذه الكفارة من اليمين والظهار
والافطار والقتل فهو شرط وجوبها لان الشروط كلها شروط العلل عندنا وقد ذكرنا ذلك في كتاب الايمان والظهار
والصوم والجنائيات ومن شرائط وجوبها القدرة على أداء الواجب وهذا شرط معقول لاستحالة وجوب فعل بدون
القدرة عليه غير أن الواجب اذا كان معيناً تشترط القدرة على أدائه عينا كما في كفارة القتل والظهار والافطار فلا يجب
التحرير فيها الا اذا كان واجداً للرقبة وهو أن يكون له فضل مال على كفايته يؤخذ به رقبة صالحة للتكفير فان لم يكن
لا يجب عليه التحرير بقوله جل وعلا فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين شرط سبحانه وتعالى عدم وجدان الرقبة
لوجوب الصوم فلو لم يكن الوجود شرط الوجوب التحرير وكان يجب عليه وجداً ولم يجد لم يكن لشرط عدم وجدان
الرقبة لوجوب الصوم معنى فدل ان عدم الوجود شرط الوجوب فاذا كان في ملكه رقبة صالحة للتكفير يجب عليه
تحريرها سواء كان عليه دين أو لم يكن لانه واجد حقيقة فكذا اذا لم يكن في ملكه عين رقبة وله فضل مال على كفايته
يجب رقبة صالحة للتكفير لانه يكون واجداً من حيث المعنى فأما اذا لم يكن له فضل مال على قدر كفايته ما يتوصل به الى
الرقبة ولا في ملكه عين الرقبة لا يجب عليه التحرير لان قدر الكفارة مستحق الصرف الى حاجته الضرورية
والمستحق كالمصروف فكان ملحقاً بالعدم كالماء المحتاج اليه للشرب في السفر حتى يباح له التيمم ويدخل تحت
قوله عز شأنه فان لم يجد واماء فتيمة مواضع ادالياً وان كان موجوداً حقيقة لكنه لما كان مستحق الصرف الى
الحاجة الضرورية الحلق بالعدم شرعاً كذا هذا وان كان الواجب واحداً منها كما في كفارة اليمين تشترط القدرة على
أداء الواجب على الابهام وهو أن يكون في ملكه فضل على كفايته ما يجده به أحد الاشياء الثلاثة لانه يكون واجداً
معنى أو يكون في ملكه واحد من المنصوص عليه عينا من عبد صالح للتكفير أو كسوة عشرة مساكين أو
اطعام عشرة مساكين لانه يكون واجداً حقيقة وكذا لا يجب الصيام ولا الاطعام فيما للطعام فيه مدخل الاعلى
التقارير عليهما لان إيجاب الفعل على العاجز ممنوع وقوله عز اسمه في كفارة الظهار فن لم يستطع فاطعام ستين مسكيناً
شرط سبحانه وتعالى عدم استطاعة الصيام لوجوب الاطعام فدل ان استطاعة الصوم شرط لوجوبه ولا يجب
على العبد في الانواع كلها الا الصوم لانه لا يقدر الا عليه لانه ليس من أهل ملك المال لانه مملوك في نفسه فلا يملك
شيئاً ولو اعتق عنه مولاه أو أطعم أو كسا لا يجوز لانه لا يملك وان ملك وكذا المكاتب لانه عبد ما بقي عليه
درهم وكذا المستسعى في قول أبي حنيفة رضي الله عنه لانه بمنزلة المكاتب (ومنها) المعجز عن التحرير عينا في الانواع
الثلاثة شرط لوجوب الصوم فيها لقوله عز شأنه في كفارة القتل والظهار فن لم يجد فصيام شهرين متتابعين أى
من لم يجد رقبة شرط سبحانه وتعالى عدم وجود الرقبة لوجوب الصوم فلا يجب الصوم مع القدرة على التحرير
(وأما) في كفارة اليمين فالعجز عن الاشياء الثلاثة شرط لوجوب الصوم فيها لقوله تعالى فن لم يجد فصيام ثلاثة أيام أى
فن لم يجد واحداً منها فعليه صيام ثلاثة أيام فلا يجب الصوم مع القدرة على واحد منها (وأما) المعجز عن الصيام فشرط
لوجوب الاطعام فيما للاطعام فيه مدخل لقوله جل وعلا فن لم يستطع فاطعام ستين مسكيناً أى من لم يستطع الصيام
فعليه اطعام ستين مسكيناً فلا يجب الاطعام مع استطاعة الصيام ثم اختلف في ان المعتبر هو القدرة والعجز وقت
الوجوب أم وقت الاداء قال أصحابنا رحمهم الله وقت الاداء وقال الشافعي رحمه الله وقت الوجوب حتى لو كان

موسراً وقت الوجوب ثم أعسر جازله الصوم عندنا وعنده لا يجوز ولو كان على القلب لا يجوز عندنا وعنده يجوز (وجه) قوله أن الكفارة وجبت عقوبة فيعتبر فيها وقت الوجوب كالحد فان العبد اذا نأثم أعتق يقيم عليه حد العبيد (والدليل) على أنها وجبت عقوبة أن سبب وجوبها الجنائية من الظهار والقتل والافطار والحنث وتعليق الوجوب بالجنائية تعليل الحكم بوصف مناسب مؤثر في حال عليه وربما قالوا هذا ضمان يختلف باليسار والاعسار فيعتبر فيه حال الوجوب كضمان الاعتاق (ولنا) أن الكفارة عبادة لها بدل ومبدل فيعتبر فيها وقت الاداء لا وقت الوجوب كالصلاة بان فاتته صلاة في الصحة فقصاها في المرض قاعداً أو بالايام انه يجوز (والدليل) على أنها عبادة وان لها بدلا ان الصوم بدل عن التكفير بالمال والصوم عبادة وبدل العبادة عبادة وكذا يشترط فيها النية وانها لا تشترط الا في العبادات واذا ثبت أنها عبادة لها بدل ومبدل فهذا يوجب أن يكون المعتبر فيها وقت الاداء لا وقت الوجوب لانه اذا أيسر قبل الشروع في الصيام أو قبل تمامه فقد قدر على المبدل قبل حصول المقصود بالبدل فيبطل البدل وينتقل الامر الى المبدل كالتييم اذا وجد الماء قبل الشروع في الصلاة أو بعده قبل الفراغ منها عندنا وكالصغيرة اذا اعتدت بشهر ثم حاضت انه يبطل الاعتداد بالشهر وينتقل الحكم الى الحيض واذا أعسر قبل التكفير بالمال فقد عجز عن المبدل قبل حصول المقصود به وقدر على تحصيله بالبدل كواجد الماء اذا لم يتوضأ حتى مضى الوقت ثم عدم الماء ووجد تراباً نظيفاً لم يجز له أن يقيم ويصلي بل يجب عليه ذلك كذا ههنا بخلاف الحدود لان الحد ليس بعبادة مقصودة بل هو عقوبة ولهذا لا يفتقر الى النية وكذا لا بد له لان حد العبيد ليس بدلا عن حد الاحرار بل هو أصل بنفسه ألا ترى انه يحد العبيد مع القدرة على حد الاحرار ولا يجوز المصير الى البدل مع القدرة على المبدل كالتراب مع الماء وغير ذلك بخلاف الصلاة اذا وجبت على الانسان وهو مقيم ثم سافر أو مسافر ثم أقام انه يعتبر في قضائها وقت الوجوب لان صلاة المسافر ليست بدلا عن صلاة المقيم ولا صلاة المقيم بدل عن صلاة المسافر بل صلاة كل واحد منهما أصل بنفسها ألا ترى انه يصلي احدهما مع القدرة على الاخرى وبخلاف ضمان الاعتاق لانه ليس بعبادة وكذا السعاية ليست ببديل عن الضمان على أصل أبي حنيفة رحمه الله لان الشريك مخير عندهم بين التضمين والاستسعاء ولا يخير بين البدل والمبدل في الشريعة (وأما) قوله ان سبب وجوب الكفارة الجنائية فمنوع بل سبب وجوبها ما هو سبب وجوب التوبة اذ هي أحد نوعي التوبة وانما الجنائية شرط كما في التوبة هذا قول المحققين من مشايخنا وعلى هذا يخرج ما اذا وجب عليه التحجير أو أحد الاشياء الثلاثة بان كان موسراً ثم أعسر انه يحجز به الصوم ولو كان معسراً ثم أيسر لم يحجزه الصوم عندنا وعند الشافعي لا يحجز به في الاول ويحجز به في الثاني لان الاعتبار لوقت الاداء عندنا لا لوقت الوجوب وهو في الاول يعتبر وقت الاداء فوجد شرط جواز الصوم وجوبه وهو عدم الرقبة فجاز بل وجب وفي الثاني لم يوجد الشرط فلم يحجز وعنده لما كان المعتبر وقت الوجوب فبرأى وجود الشرط للجواز وعدمه وقت الوجوب ولم يوجد في الاول ووجد في الثاني ولو شرع في الصوم ثم أيسر قبل تمامه لم يحجز صومه ذكر هذا في الاصل بلغنا ذلك عن عبد الله بن عباس وابراهيم لما ذكرنا انه قدر على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل فلا يعتبر البدل والا فضل أن يتم صوم ذلك اليوم فلو أفطر لا يلزمه القضاء عند أصحابنا الثلاثة رحمهم الله وعند زفر رحمه الله يقضى وأصل هذه المسئلة في كتاب الصوم وهو من شرع في صوم على ظن انه عليه ثم تبين أنه ليس عليه فلا فضل له أن يتم الصوم ولو أفطر فهو على الاختلاف الذي ذكرنا وعلى قياس قول الشافعي رحمه الله يمضي على صومه لان العبرة في باب الكفارات لوقت الوجوب عنده ووقت الوجوب كان معسراً ولو أيسر بعد الاتمام جاز صومه لانه قدر على المبدل بعد حصول المقصود بالبدل فلا يبطل البدل بخلاف الشيخ القاني اذا فدى ثم قدر على الصوم انه تبطل القدية ويلزمه الصوم لان الشيخ القاني هو الذي لا ترجى له القدرة على الصوم فاذا قدر تبين انه لم يكن شيخاً قانياً ولان القدية ليست ببديل مطلق لانها ليست بمثل للصوم صورة ومعنى فكانت بدلا ضرورياً وقد ارتفعت الضرورة فبطلت القدرة

فاما الصوم فبدل مطلق فلا يبطل بالقدرة على الاصل بعد حصول المقصود به والله عز شأنه أعلم
 ﴿فصل﴾ وأما شرط جواز كل نوع فاجواز هذه الانواع شرائط . بعضها يعم الانواع كلها وبعضها يخص البعض
 دون البعض (أما) الذي يعم الكل فنية الكفارة حتى لا تتأدى بدون النية والكلام في النية في موضعين أحدهما
 في بيان ان نية الكفارة شرط جوازها والثاني في بيان شرط صحة النية (أما) الاول فلان مطلق الفعل يحتمل
 التكفير ويحتمل غيره فلا بد من التعيين وذلك بالنية ولهذا لا يتأدى صوم الكفارة بمطلق النية لان الوقت يحتمل
 صوم الكفارة وغيره فلا يتعين الا بالنية كصوم قضاءه رمضان وصوم النذر المطلق ولو أعتق رقبة واحدة عن كفارتين
 فلا شك انه لا يجوز عنهما جميعا لان الواجب عن كل كفارة منهما اعتاق رقبة كاملة ولم يوجد وهل يجوز عن احدهما
 فالكفارتان الواجبتان لا يخلو (أما) ان وجبتا بسببين من جنسين مختلفين واما ان وجبتا بسببين من جنس واحد
 (فان) وجبتا بسببين من جنسين مختلفين كالقتل والظهار فأعتق رقبة واحدة ينوي عنهما جميعا لا يجوز عن احدهما
 بلا خلاف بين أصحابنا وعند الشافعي رحمه الله يجوز (وان) وجبتا بسببين من جنس واحد كظهارين أو قتلين
 يجوز عن احدهما عند أصحابنا الثلاثة رحمهم الله استحسانا وهو قول الشافعي رحمه الله والقياس أن لا يجوز وهو
 قول زفر رحمه الله وهذا الاختلاف مبني على ان نية التعيين والتوزيع هل تقع معتبرة أم تقع لغواً فعند أصحابنا معتبرة
 في الجنسين المختلفين وعند الشافعي رحمه الله لغو فیهما جميعا (وأما) في الجنس الواحد فهي لغو عند أصحابنا الثلاثة رضى
 الله عنهم وعند زفر معتبرة قياساً (أما) الكلام مع الشافعي فوجه قوله ان الكفارات على اختلاف أسبابها جنس واحد
 ونية التعيين في الجنس الواحد لغو لما ذكر (ولنا) ان التعيين في الاجناس المختلفة محتاج اليه وذلك بالنية فكان نية
 التعيين محتاجا اليها عند اختلاف الجنس فصادت النية محلها فصحت ومتى صحت أوجبت انقسام عين رقبة
 واحدة على كفارتين فيقع عن كل واحد منهما عتق نصف رقبة فلا يجوز لا عن هذه ولا عن تلك (وأما) قوله
 الكفارتان جنس واحد فنعم من حيث هما كفارة لكنهما مختلفا سببا وقد راو صفة (أما) السبب فلا شك فيه (وأما)
 القدر فان الطعام يدخل في احدهما وهي كفارة الظهار ولا يدخل في الاخرى وهي كفارة القتل (وأما) الصفة فان
 الرقبة في كفارة الظهار مطلقة عن صفة الايمان وفي كفارة القتل مقيدة بها واذا اختلفا من هذه الوجوه كان التعيين
 بالنية محتاجا اليه فصادت النية محلها فصحت فانقسم عتق رقبة بينهما فلم يجز عن احدهما حتى لو كانت الرقبة كافرة
 وتمذر صرفها الى الكفارة للقتل انصرفت بالكلية الى الظهار وجازت عنه كذا قال بعض مشايخنا بما رآه النهر
 (ونظيره) ما اذا جمع بين امرأة وابنتها أو أمها وأختها وتزوجهما في عقد واحدة فان كانتا فارغتين لا يجوز وان كانت
 احدهما منكوحه والاخرى فارغة يجوز نكاح الفارغة (وأما) الكلام بين أصحابنا فوجه القياس في ذلك انه أوقع
 عتق رقبة واحدة عن كفارتين على التوزيع والانقسام فيقع عن كل واحدة منهما عتق نصف رقبة فلا يجوز عن
 واحدة منهما لان المستحق عليه عن كل واحدة منهما اعتاق رقبة كاملة ولم يوجد وهذا لم يجز عن احدهما عند
 اختلاف الجنس (ولنا) ان نية التعيين لم تصادف محلها لان محلها الاجناس المختلفة اذ لا تقع الحاجة الى التعيين الا عند
 اختلاف الجنس فاذا اتحد الجنس لم تقع الحاجة اليها فلغت نية التعيين وبقي أصل النية وهي نية الكفارة فتقع عن
 واحدة منهما كما في قضاء صوم رمضان اذا كان عليه صوم يومين فصام يوما ينوي قضاء صوم يومين تلغو نية التعيين
 وبقيت نية ما عليه كذا هذا بخلاف ما اذا اختلف الجنس لان باختلاف الجنس تقع الحاجة الى التعيين فلا تلغو نية
 التعيين بل تعتبر ومتى اعتبرت يقع عن كل جنس نصف رقبة فلا يجوز عنه كما اذا كان عليه صوم يومين من قضاء رمضان
 وصوم يومين من كفارة اليمين فنوى من الليل أن يصوم غدائهما كانت نية التوزيع معتبرة حتى لا يصير صائما عن
 أحدهما لان الانقسام يمنع من ذلك والله تعالى أعلم ولو أطعم ستين مسكينا كل مسكين صاعا من حنطة عن ظهارين لم يجز
 الا عن أحدهما في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يميز به عنهما وقال زفر رحمه الله لا يميز به

عنهما وكذلك لو أطعم عشرة مساكين كل مسكين صاعاً عن يمينين فهو على هذا الاختلاف ولو كانت الكفارتان من جنسين مختلفين جاز فيهما بالاجماع (وأما) وجه قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله فلما ذكرنا أن أصل أحما بنا الثلاثة أن الكفارتين إذا كانتا من جنس واحد لا يحتاج فيهما إلى نية التعيين بل تلفونية التعيين ههنا و يبقى أصل النية وهونية الكفارة يدفع ستين صاعاً إلى ستين مسكيناً من غير تعيين أن نصفه عن هذا ونصفه عن ذلك ولو لم يعين لم يجز إلا عن أحدهما كذا هذا إلا أن محمداً يقول إن نية التعيين إنما تطل لأنه لا فائدة فيها وههنا في التعيين فائدة وهي جواز ذلك عن الكفارتين فوجب اعتبارها ويقول أطعام ستين مسكيناً يكون عن كفارة واحدة والكفارة الواحدة منهما مجهول ولهذا قال إذا اعتق رقبة واحدة عنهما لا يجوز عن واحدة منهما بخلاف ما إذا كانت الكفارتان من جنسين لأنه قد صح من أصل أحما بن جميعاً أن نية التعيين عند اختلاف الجنس معتبرة وإذا صح التعيين والمؤدى يصلح عنهما جميعاً وقع المؤدى عنهما فجاز عنهما جميعاً والله تعالى أعلم (وأما) شرط جواز النية فهو أن تكون النية مقارنة لفعل التكفير فإن لم تقارن الفعل رأساً أو لم تقارن فعل التكفير بأن تأخرت عنه لم يجز لأن اشتراط النية لتعيين المحتمل وإيقاعه على بعض الوجوه ولن يتحقق ذلك إلا إذا كانت مقارنة للفعل ولأن النية هي الإرادة والإرادة مقارنة للفعل كالقدرة الحقيقية لأن بها يصير الفعل اختيارياً وعلى هذا يخرج ما إذا اشتري أباه أو ابنه بنوى به العتق عن كفارة يمينه أوظهاره أو أظهاره أو قتله أجزأه عندنا استحساناً والقياس أن لا يجزى به وهو قول زفر والشافعي رحمهما الله بناء على أن شراء القريب اعتاق عندنا فإذا اشتراه أو ياعن الكفارة فقد قارنت النية الاعتاق فجاز وعندهما العتق يثبت بالقرابة والشراء شرط فلم تكن النية مقارنة لفعل الاعتاق فلا يجوز (وجه) القياس أن الشراء ليس باعتاق حقيقة ولا مجازاً أما الحقيقة فلا شك في انتفاءه لأن واضع اللغة ما وضع الشراء للاعتاق (وأما) المجاز فلأن المجاز يستدعي المشابهة في المعنى اللازم المشهور في محل الحقيقة ولا مشابهة ههنا أصلاً لأن الشراء تملك والاعتاق إزالة الملك و بينهما مضادة (ولنا) ما روى أبو داود في سننه بإسناد عن أبي هريرة رضي الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لن يجزى ولد والدا إلا أن يجده مملوكاً فيشتريه فيعتقه سواه معتقاً عقيب الشراء ولا فعل منه بعد الشراء فعلم أن الشراء وقع اعتاقاً منه عقلاً وجه ذلك أو لم نقل فإذا نوى عند الشراء الكفارة فقد اقترنت النية بفعل الاعتاق فجاز وقولهما الشراء ليس باعتاق حقيقة ممنوع بل هو اعتاق حقيقة لكن حقيقة شرعية لا وضعية والحقائق أنواع وضعية وشرعية وعرفية على ما عرف في أصول الفقه وكذلك إذا وهب له أو وصى له به قبله لا نه يعق بالقبول فقارنت النية بفعل الاعتاق وإن ورثه أو ياعن الكفارة لم يجز لأن العتق ثبت من غير صنعه رأساً فلم يوجد قران النية بفعل الاعتاق فلا يجوز وعلى هذا يخرج ما إذا قال لعبد الغير إن اشتريتك فأنشئت حر فاشترته أو ياعن الكفارة لم يجز لأن العتق عند الشراء يثبت بالكلام السابق ولم تقارن النية حتى لو قال إن اشتريت فلاناً فهو حر عن كفارة يميني أوظهارى أو غير ذلك يجزى به لقراء النية كلام الاعتاق ولو قال إن اشتريت فلاناً فهو حر عن ظهاري ثم قال بعد ذلك ما اشتريته فهو حر عن كفارة قتلى ثم اشتراه فهو حر عن الظهار لأنه لما قال إن اشتريته فهو حر عن كفارة قتلى فقد أراد فسخ الأول واليمين لا تحتل الفسخ وكذلك لو قال إن اشتريته فهو حر تطوعاً ثم قال إن اشتريته فهو حر عن ظهاري ثم اشتراه كان تطوعاً لأنه بالاول علق عتقه تطوعاً بالشراء ثم أراد بالتالي فسخ الأول واليمين لا يلحقها الفسخ والله عز شأنه أعلم (وأما) الذي يخص البعض دون البعض فأما كفارة اليمين فيبدأ بالطعام ثم بالكسوة ثم بالتحرير لأن الله تعالى عز شأنه بدأ بالطعام في كتابه الكريم وقد قال النبي عليه الصلاة والسلام ابدؤا بما بدأ الله به فنقول لجواز الاطعام شرائط بعضها يرجع الى صفة الاطعام وبعضها يرجع الى مقدار ما يطعم وبعضها يرجع الى محل المصروف اليه الطعام أما الذي يرجع الى صفة الاطعام فقد قال أحما بن أنه يجوز فيه التملك وهو طعام الاباحة وهو مروي عن سيدنا علي كرم الله وجهه وجماعة من التابعين مثل محمد بن كعب والقاسم وسالم والشعبي وإبراهيم وقتادة ومالك والثوري والأزاعي رضي الله عنهم وقال الحكم وسعيد بن

جئير لا يجوز الا التملك وبه أخذ الشافعي رحمه الله فالأصل أن التملك ليس بشرط الجواز الاطعام عندنا بل الشرط هو التمكن وانما يجوز التملك من حيث هو تمكن لا من حيث هو تملك وعند الشافعي رحمه الله التملك شرط الجواز لا يجوز بدونه (وجه) قوله أن التكفير مفروض فلا بد وان يكون معلوم القدر ليتمكن المكلف من الاتيان به لئلا يكون تكليفه ما لا يحتمله الوسع وطعام الاباحة ليس له قدر معلوم وكذا يختلف باختلاف حال المسكين من الصغر والكبر والجوع والشبع بحقه ان المفروض هو المقدرة إذ القرض هو التقدير يقال فرض القاضي النفقة أى قدر قال الله سبحانه وتعالى فنصف ما فرضتم لمن أى قدرتم فطعام الاباحة ليس بمقدر ولأن المباح له يأكل على ملك المسيح فيهلك المأكل على ملكه ولا كفارة بما يملك في ملك المكفور وبهذا شرط التملك في الزكاة والعشر وصدقة الفطر (ولنا) أن النص ورد بلفظ الاطعام قال الله عز شأنه فكفارة اطعام عشرة مساكين والاطعام في متعارف اللغة اسم للتمكن من المطعم لا التملك قال الله عز شأنه ويطعمون الطعام على حبه مسكيناً ويتيمماً وأسيراً والمراد بالاطعام الاباحة لا التملك وقال النبي عليه الصلاة والسلام أفشوا السلام وأطعموا الطعام والمراد منه الاطعام على وجه الاباحة وهو الامر المتعارف بين الناس يقال فلان يطعم الطعام أى يدعو الناس الى طعامه والدليل عليه قوله سبحانه وتعالى من أوسط ما تطعمون أهليكم وانما يطعمون على سبيل الاباحة دون التملك بل لا ينظر بآل أحد في ذلك التملك فدل أن الاطعام هو التمكن من التطعم لأنه اذا ملك جازلان تحت التملك تمكينا لأنه اذا ملكه فقد مكنته من التطعم والاكل فيجوز من حيث هو تمكن وكذا اشارة النص دليل على ما قلناه قال اطعام عشرة مساكين والمسكنة هي الحاجة واختصاص المسكين للحاجة الى أكل الطعام دون تملكه تم المسكين وغيره فكان في اضافة الاطعام الى المساكين اشارة الى أن الاطعام هو الفعل الذي يصير المسكين به متمكنا من التطعم لا التملك بخلاف الزكاة وصدقة الفطر والعشر أنه لا يجوز فيه طعام الاباحة لأن الشرع هناك لم يرد بلفظ الاطعام وانما ورد بلفظ الايتاء والاداء قال الله تعالى في الزكاة وآتوا الزكاة وقال تعالى في العشر وآتوا حقه يوم حصاده وقال النبي عليه الصلاة والسلام في صدقة الفطر أدا عن كل حر وعبد الحديث والايته والاداء يشيران بالتملك على أن المراد من الاطعام المذكور في النص ان كان هو التملك كان النص معلولا بدفع حاجة المسكين وهذا يقتضى جواز التمكن على طريق الاباحة بل أولى من وجهين أحدهما أنه أقرب الى دفع الجوع وسد المسكنة من التملك لأنه لا يحصل معنى الدفع والسد بتملك الحنطة الا بعد طول المدّة ولا بعد تحمل مؤن فكان الاطعام على طريق الاباحة أقرب الى حصول المقصود من التملك فكان أحق بالجواز والثاني أن الكفارة جعلت مكفرة للسيئة بما أعطى نفسه من الشهوة التي لم يؤذن له فيها حيث لم يف بالعهد الذي عهد مع الله تعالى عز شأنه فخرج فله خراج ناقض العهد ومخلف الوعد فجعلت كفارته بما تنفر عنه الطباع وتأنم ويثقل عليها ليدوق ألم اخراج ماله المحبوب عن ملكه فيكفر ما أعطى نفسه من الشهوة لأنه من وجه أذن له فيها ومعنى تألم الطبع فيما قلنا أكثر لأن دعاء المساكين وجمعهم على الطعام وخدمتهم والقيام بين أيديهم أشد على الطبع من التصديق عليهم لما جبل طبع الاغنياء على النفرة من الفقراء ومن الاختلاط معهم والتواضع لهم فكان هذا أقرب الى تحقيق معنى التكفير فكان نحويز التملك تكفيرا نحويز الاطعام الاباحة تكفيرا من طريق الاولى (وأما) قوله ان الكفارة مفروضة فلا بد وان تكون معلومة القدر فنقول هي مقدرة بالكفارة لأن الله عز شأنه فرض هذا الاطعام وعرف المفروض باطعام الاهل بقوله عز شأنه من أوسط ما تطعمون أهليكم فلا بد وان يكون الاهل معلوماً والمعلوم من طعام الاهل هو طعام الاباحة دون التملك فدل على أن طعام الاباحة معلوم القدر وقدره الكفارة بطعام الاهل فجاز أن يكون مفروضاً كطعام الاهل فيمكنه الخروج عن عهده القرض وأما قوله ان الطعام يهلك على ملك المكفر فلا يقع عن التكفير فمنع بل كما صار ما كولا فقد زال ملكه عنه لأنه يزول الى أحد وهذا يكفي لصيرورته كفارة كالاعتاق (وأما) الذي يرجع الى مقدار ما يطعم فالمقدار في التملك هو نصف صاع

من حنطة أو صاع من شعير أو صاع من تمر كذا روى عن سيدنا عمر وسيدنا علي وسيدتنا عائشة رضي الله تعالى عنهم
 وذكر في الأصل بلغنا عن سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال لير فأمولاه إني أحلف على قوم لا أعطيهم ثم
 يبدولي فأعطيهم فإذا أنا فعلت ذلك فأطعم عشرة مساكين كل مسكين نصف صاع من حنطة أو صاع من تمر وبلغنا عن
 سيدنا علي رضي الله عنه أنه قال في كفارة اليمين اطعام عشرة مساكين نصف صاع من حنطة وبه قال جماعة من التابعين
 سعيد بن المسيب وسعيد بن جبيرة وإبراهيم ومجاهد والحسن وهو قول أصحابنا رضي الله عنهم وروى عن ابن عباس
 رضي الله عنهما وابن سيدنا عمر وزيد بن ثابت رضي الله عنهم ومن التابعين عطاء وغيره لكل مسكين مدين حنطة وبه
 أخذ مالك والشافعي رحمهما الله والترجيح لقول سيدنا عمر وسيدنا علي وسيدتنا عائشة رضوان الله عليهم لقوله
 تعالى عز اسمه من أوسط ما تطعمون أهليكم والمديس من الأوسط بل أوسط طعام الأهل يزيد على المدي في الغالب
 ولأن هذه صدقة مقدرة بقوت مسكين ليوم فلا تنقص عن نصف صاع كصدقة الفطر والأذى فإن أعطى عشرة
 مساكين كل مسكين مدين حنطة فعليه أن يعيد عليهم مدين آخر لأنهم لا يقدر عليهم استقبال الطعام لأن المقدار لكل
 مسكين في التملك مدين فلا يجوز أقل من ذلك ويجوز في التملك الدقيق والسويق ويعتبر فيه تمام الكيل ولا يعتبر فيه
 القيمة كالحنطة لأنه حنطة إلا أنه فرقت أجزاؤها بالطحن وهذا التفريق تفریب إلى المقصود منها فلا تعتبر فيه القيمة
 ويعتبر في تملك المنصوص عليه تمام الكيل ولا يقوم البعض مقام بعض باعتبار القيمة إذا كان أقل من كيله حتى لو
 أعطى نصف صاع من تمر تبلغ قيمته قيمة نصف صاع من حنطة لا يجوز لأنه منصوص عليه فيقع عن نفسه لا عن
 غيره فأما الزوال والذرة والجوارس فلا يقوم مقام الحنطة والشعير في الكيل لأنه غير منصوص عليه وإنما جوازه
 باعتبار القيمة فتعتبر قيمته كالدرهم والدنانير وهذا عند أصحابنا رحمهم الله وعند الشافعي رحمه الله لا يجوز إلا إذا عين
 المنصوص عليه ولا يجوز دفع القيم والبدال كما في الزكاة وعندنا يجوز (وجه) قوله أن الله تعالى أمر بالاطعام بقوله جل
 شأنه فكفارته اطعام عشرة مساكين فالقول بجواز أداء القيمة يكون تغيير الحكم النص وهذا لا يجوز (ولنا) ما ذكرنا
 أن اطعام المسكين اسم لفعل يتمكن المسكين به من التطعم في متعارف اللغة لما ذكرنا فاقبل تقدم وهذا يحصل بتمليك القيمة
 فكان تملك القيمة من الفقير أطعاماً له فيتناول النص وجواز التملك من حيث هو تمكن لا من حيث هو تملك على ما
 مر أن الاطعام أن كان اسم التملك فجوازه معلول بدفع الحاجة وهو المسئلة عرفنا ذلك بإشارة النص وضرب
 من الاستنباط على ما بينا والقيمة في دفع الحاجة مثل الطعام فورود الشرع بجواز الطعام يكون وروداً بجواز القيمة
 بل أولى لأن تملك الثمن أقرب إلى قضاء حاجة المسكين من تملك عين الطعام لأن به يتوصل إلى ما يختاره من الغذاء
 الذي اعتاد الاغتذاء به فكان أقرب إلى قضاء حاجته فكان أولى بالجواز ولما ذكرنا أن التكفير بالاطعام يحمل
 مكروه الطبع بازاء ما نال من الشهوة وذلك المعنى يحصل بدفع القيمة ولأن الكفارة جعلت حقاً للمسكين فحقاً أخرج
 من عليه الطعام إلى المستحق بدله وقبله المستحق عن طوع فقد استبدل حقه به فيجب القول بجواز هذا الاستبدال
 بمنزلة التناول في سائر الحقوق (وأما) المقدار في طعام الاباحة فكلتان مشبعتان غداء وعشاء وهذا قول عامة العلماء
 وعن ابن سيرين وجابر بن زيد ومكحول وطاوس والشعبي أنه يطعمهم أكلة واحدة وقال الحسن وجبة واحدة
 والصحيح قول العامة لأن الله عز وجل عرف هذا الاطعام باطعام الأهل بقوله تعالى من أوسط ما تطعمون أهليكم
 وذلك أكلتان مشبعتان غداء وعشاء كذا هذا ولأن الله جل شأنه ذكر الأوسط والأوسط ما له حاشيتان متساويتان
 وأقل عدله حاشيتان متساويتان ثلاثة وذلك يحتمل أنواعاً ثلاثة أحدها الوسيط في صفات الماء كقول من الجودة
 والرداءة والثاني الوسيط من حيث المقدار من السرف والقتل والثالث الوسيط من حيث أحوال الأكل من مرة
 ومرتين وثلاث مرات في يوم واحد ولم يثبت بدليل عقل ولا سمعي تعيين بعض هذه الأنواع فيحمل على الوسيط
 من الكل احتياطاً ليخرج عن عهدة الفرض بيقين وهو أكلتان في يوم بين الجسد والردى والسرف والقتل ولأن

أقل الاكل في يوم مرة واحدة وهو المسمى بالوجبة وهو في وقت الزوال الى زوال يوم الثاني منه والاكثر ثلاث مرات غداء وعشاء وفي نصف اليوم والوسط مرتان غداء وعشاء وهو الاكل المعتاد في الدنيا وفي الآخرة أيضاً قال الله سبحانه وتعالى في أهل الجنة ولهم رزقهم فيها بكرة وعشاء فيحمل مطلق الاطعام على المتعارف وكذلك اذا غداهم وسحروهم أو غداهم وسحروهم أو غداهم غداين أو عشاءهم عشاءين أو سحروهم سحورين لانهما أكلتان مقصودتان فاذا غداهم في يومين أو عشاءهم في يومين كان كالكتين في يوم واحد معنى الا ان الشرط ان يكون ذلك في عدد واحد حتى لو غدى عدد أو عشى عدداً آخر لم يحزه لانه لم يوجد في حق كل مسكين أكلتان ولهذا لم يحز مثله في التملك بان فرق حصّة مسكين على مسكينين فكذا في التملكين وبسواء كان الطعام مأدوماً أو غير مأدوم حتى لو غداهم وعشاءهم خبزاً بلا إدام أجزأه لقول الله تبارك وتعالى فكفارتها اطعام عشرة مساكين مطلقاً من غير فصل بين المأدوم وغيره وقد أطمعهم ولان الله عز شأنه عرف الاطعام على وجه الاباحة باطعام الاهل وذلك قد يكون مأدوماً وقد يكون غير مأدوم فكذا هذا وكذلك لو أطمعهم خبز الشعير أو سويقاً أو تمرّاً أجزأه لان ذلك قد يؤكل وحده في طعام الاهل وروى ابن سباعة عن أبي يوسف أنه قال اذا أطمع مسكيناً واحداً غداء وعشاء أجزأه من اطعام مساكين وان لم يأكل الارغيفاً واحداً لأن المعتبر هو الكفاية والكفاية قد تحصل برغيف واحد فلا يعتبر القلة والكثرة فان ملكه الخبز بان أعطاه أربعة أرغفة فان كان يعدل ذلك قيمة نصف صاع من حنطة أجزأه وان لم يعدل لم يحزه لان الخبز غير منصوص عليه فكان جوازه باعتبار القيمة وقال أبو يوسف رحمه الله لو غدى عشرة مساكين في يوم ثم أعطاهم مداماً أجزأه لانه جمع بين التملك والتمكين وكل واحد منهما جائز حال الافتراد كذا حال الاجتماع ولان الغداء مقدر بنصف كفاية المسكين والمدمقدر بنصف كفايته فقد حصلت له كفاية يوم فيجوز ان أعطى غيرهم مداماً مدلاً لم يحزه لانه فرق طعام العشرة على عشرين فلم يحصل لكل واحد منهم مقدار كفايته ولو غداهم وأعطى قيمة العشاء فلوساً أو دراهم أجزأه عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله لان القيمة في الكفارة تقوم مقام المنصوص عليه عندنا وعنده لا تقوم (وأما) الذي يرجع الى المحل المصروف اليه الطعام فنهأ أن يكون فقيراً فلا يجوز اطعام الغني عن الكفارة تملكاً واباحة لان الله تبارك وتعالى أمر باطعام عشرة مساكين بقوله سبحانه فكفارتها اطعام عشرة مساكين ولو كان له مال وعليه دين لم مطالب من جهة العباد يجوز اطعامه لانه فقير بدليل انه يجوز اعطاء الزكاة اياه فالكفارة أولى ومنها أن يكون ممن يستوفي الطعام وهذا في اطعام الاباحة حتى لو غدى عشرة مساكين وعشاءهم وفيهم صبي أو فوق ذلك لم يحزه وعليه اطعام مسكين واحد لقوله جل جلاله من أوسط ما تطعمون أهليكم وذلك ليس من أوسط ما يطعم حتى لو كان مرافقاً جاز لان المرافق يستوفي الطعام فيحصل الاطعام من أوسط ما يطعم ومنها أن لا يكون مملوكه لان الصرف اليه صرف الى نفسه فلم يحزه ومنها أن لا يكون من الوالدين والمولودين فلا يجوز اطعامهم تملكاً واباحة لان المنافع بينهم متصلة فكان الصرف اليهم صرفاً الى نفسه من وجه ولهذا لم يحزه صرف الزكاة اليهم ولا تقبل شهادة البعض للبعض ولما ذكرنا ان الواجب بحق التكفير لما اقترف من الذنب بما أعطى نفسه منها وأوصلها الى هواها بغير اذن من الاذن وهو الله سبحانه جلّت عظمتة ففرض عليهم الخروج عن المعصية بما تألم به النفس وينفر عنه الطبع ليدقق نفسه المرارة بمقابلة اعطائهم من الشهوة وهذا المعنى لا يحصل باطعام هؤلاء لان النفس لا تألم به بل تميل اليه لما جعل الله سبحانه الطباع بحيث لا تختمل زول البلاء والشدة بهم وبحيث يجتهد كل في دفع الحاجة عنهم مثل الدفع عن نفسه ولو أطمع أخاه أو أخته وهو فقير جاز لان هذا المعنى لا يوجد في الاخ والاخت فدخل تحت عموم قوله تعالى فكفارتها اطعام عشرة مساكين ولو أطمع ولده أو غنياً على ظن أنه أجني أو فقير ثم تبين أجزأه في قول أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف لا يجوز وهو على الاختلاف الذي ذكرنا في الزكاة وقد مر الكلام فيه ومنها ان لا يكون هاشمياً لان الله تبارك وتعالى كره لهم غسل أيدى الناس وعوضهم بخمس الخمس من الغنيمة ولودفع اليه على ظن أنه ليس

بها شمسى ثم ظهر أنه هاشمى فهو على الاختلاف ومنها أن لا يكون زوجاً أو زوجة له لأن ما شرع له الكفارة وهو تألم
الطبع وقارمه بالبذل والاخراج لا يوجد بين الزوجين لما يوجد البذل بينهما شهوة وطبيعة ويكون التناكح لمثله في
العرف والشرع على ما روى تنكح المرأة لها وجماعها وعلى ما وضع النكاح للمودة والمحبة ولا يتحقق ذلك إلا بالبذل
ودفع الشح ولهذا لا تقبل شهادة أحدهما للآخر لأن أحدهما ينتفع بما له صاحبه فتتمكن التهمة في الشهادة ومنها أن لا
يكون حربياً وإن كان مستأمناً لأن الله تعالى عز شأنه نهانا عن البر بهم والاحسان إليهم بقوله تعالى إنما ينهاكم الله عن
الذين قاتلوكم في الدين وأخرجوكم من دياركم ولأن في الدفع إلى الحرب إغارة له على الحراب مع المسلمين وقد قال الله
سبحانه وتعالى ولا تعاونوا على الأثم والعدوان ويجوز إعطاء قراء أهل الذمة من الكفارات والنذور وغير ذلك إلا
الزكاة في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله لا يجوز إلا النذور والتطوع ودم المتعة (وجه)
قوله أن هذه صدقة وجبت بإيجاب الله عز شأنه فلا يجوز صرفها إلى الكافر كالزكاة بخلاف النذر لأنه وجب بإيجاب
العبد والتطوع ليس بواجب أصلاً والتصدق بلحم المتعة غير واجب لأن معنى القرية في الأراقة (ولهما) عموم قوله
تعالى فكفارة إطعام عشرة مساكين من غير فصل بين المؤمن والكافر إلا أنه خص منه الحربى بما تواترنا بقي الذمى على
عموم النص فكان ينبغى أن يجوز صرف الزكاة إليه إلا أن الزكاة خصت بقول النبي عليه الصلاة والسلام لما ذهبن
بعنه إلى اليمن خذها من أغنيائهم وردّها في فقرائهم أمر عليه الصلاة والسلام برد الزكاة إلى من أمر بالآخذ من أغنيائهم
والمأخوذ منه المسلمون فكذلك الردود عليهم وروى عن النبي عليه الصلاة والسلام قال أمرت أن آخذ الصدقة من
أغنيائهم وأردّها في فقرائهم (ووجه) الاستدلال ما ذكرنا ولأن الكفارة وجبت لدفع المسكنة والمسكنة موجودة
في الكفرة فيجوز صرف الصدقة إليهم كما يجوز صرفها إلى المسلم بل أولى لأن التصديق عليهم بعض ما يرغبهم إلى
الاسلام ويحملهم عليه ولما ذكرنا أن الكفارات وجبت بما اختار من إعطاء النفس شهوتها فيما لا يحل له فتكون كفارتها
بكف النفس عن شهوتها فيما لا يحل له وبذل ما كان في طبعه منعه وهذا المعنى يحصل بالصرف إلى الكافر بخلاف الزكاة
لأنها ما وجبت بحق التكفير بل بحق الشكر ألا ترى أنها تجب بلا كسب من جهة العبد وحق الشكر الاتفاق في طاعة
المنعم والعرف إلى المؤمن اتفاق على من يصرفه إلى طاعة الله جل شأنه فيخرج مخرج المعونة على الطاعة فيحصل
معنى الشكر على الكمال والكافر لا يصرفه إلى طاعة الله عز شأنه فلا يتحقق معنى الشكر على التمام فأما الكفارات فما
عرف وجوبها شكراً بل تكفيراً لا إعطاء النفس شهوتها بإخراج ما في شهوتها المنع وهذا المعنى في الصرف إلى الكافر
موجود على الكمال والتمام لذلك افتراق وهل يشترط عدد المساكين صورة في الاطعام تليكم وإباحة قال أصحابنا ليس
بشرط وقال الشافعى رحمه الله شرط حتى لو دفع طعام عشرة مساكين وذلك خمسة أصبوع إلى مسكين واحد في عشرة
أيام كل يوم نصف صاع أو غدى مسكيناً واحداً أو عشاء عشرة أيام أجزأ عندنا وعندنا لا يجوز به إلا عن واحد واحتج
بظاهر قوله جل شأنه فكفارة إطعام عشرة مساكين نص على عدد العشرة فلا يجوز الاقتصار على مادونه كسائر
الاعداد المذكورة في القرآن العظيم كقوله عز شأنه فاجد وهم ثمانين جلدة وقوله جل شأنه يتر بصن بأنتفسن أربعة
أشهر وعشر أو نحو ذلك والدليل عليه أنه لو دفع طعام عشرة مساكين إلى مسكين واحد دفعة واحدة في يوم واحد لا يجوز
(ولنا) أن في النص إطعام عشرة مساكين وإطعام عشرة مساكين قد يكون بأن يطعم عشرة مساكين وقد يكون بأن يكنى
عشرة مساكين سواء أطم عشرة مساكين أو لا فإذا أطم مسكيناً واحد عشرة أيام قدر ما يكنى عشرة مساكين فقد
وجد إطعام عشرة مساكين نخرج عن العدة على أن معنى إطعام مساكين أن كان هو بأن يطعم عشرة مساكين لكن
إطعام عشرة مساكين على هذا التفسير قد يكون صورة ومعنى بأن يطعم عشرة من المساكين عدد في يوم واحد أو في
عشرة أيام وقد يكون معنى لا صورة وهو أن يطعم مسكيناً واحد في عشرة أيام لأن الاطعام لدفع الجوع وسد المسكنة وله
كل يوم جوعة ومسكنة على حدة لأن الجوع يتجدد والمسكنة تحدث في كل يوم ودفع عشر جوعات عن مسكين

واحد في عشرة أيام في معنى دفع عشرين جوعات عن عشرة مساكين في يوم واحد أو في عشرة أيام فكان هذا اطعام
عشرة مساكين معنى فيجوز ونظير هذا ما روي في الاستنجا بثلاثة أحجار ثم لو استنجى بالمدر أو بحجر له ثلاثة
أحرف جاز لحصول المقصود منه وهو التطهير كذا هذا ولأن ما وجبت له هذه الكفارة يقتضي سقوط اعتبار عدد
المساكين وهو ما ذكرنا من اذاقة النفس مرارة الدفع وازالة الملك لا بتقاء وجه الله سبحانه وتعالى لتكفير ما أتبعها هواها
وأوصلها إلى مناهيها كما خالف الله عز وجل في فعله بترك الوفاء بهد الله سبحانه وتعالى وهذا المعنى في بذل هذا القدر من
المال تملكها وإباحة لا في مراعاة عدد المساكين صورة بخلاف ذكر العدد في باب الحدود والعدة لأن اشتراط العدد
هناك ثبت نصاً غير معقول المعنى فلا يحتمل التعدية وههنا معقول على ما بينا وبخلاف الشهادات حيث لا تجوز إقامة
الواحد فيها في يومين أو في دفعتين مقام شهادة شاهدين لأن هناك المعنى الذي يحصل بالعدد لا يحصل بالواحد وهو
انتفاء التهمة ومنفعة التصديق ونفاذ القول على ما ذكره في كتاب الشهادات أن شاء الله تعالى وههنا معنى التكفير
ودفع الحاجة وسد المسكنة لا يختلف لما بينا (وأما) إذا دفع طعام عشرة مساكين إلى مسكين واحد في يوم واحد دفعة
واحدة أو دفعات فلا راية فيه واختلف مشايخنا قال بعضهم يجوز وقال عامة مشايخنا لا يجوز إلا عن واحد لأن
ظاهر النص يقتضي الجواز على الوجه الذي بينا إلا أنه مخصوص في حق يوم واحد لدليل كإصدار مخصوص في حق
بعض المساكين من الوالدين والمولودين ونحوهم فيجب السمل به فيما وراء المخصوص ولما ذكرنا أن الأصل في
الطعام هو طعام الإباحة إذ هو المتعارف في اللغة وهو التغذية والتعشية لدفع الجوع وازالة المسكنة وفي الحاصل دفع
عشرين جوعات وهذا في واحد في حق مسكين واحد لا يكون فلا بد من طريق الدفع على الأيام ويجوز أن يختلف
حكم التفریق المجتمع كما في رمي الجمار أنه إذا رمى بالحصى متفرقا جاز ولورمى مجتمعاً دفعة واحدة لا يجوز إلا عن
واحدة ووجد في مسئلتنا جاز وكذلك لو غدى رجلاً واحداً عشرين يوماً أو عشرين رجلاً واحداً في رمضان
عشرين يوماً أجزأه عندنا لما ذكرنا وعند الشافعي لا يجوز لأن عدد المساكين عنده شرط ولم يوجد والله سبحانه
وتعالى أعلم (وأما) الكسوة فالكلام فيها في ثلاثة مواضع في بيان قدرها وفي بيان صفتها وفي بيان مصرفها (أما)
الأول فأدنى الكسوة ثوب واحد جامع لكل مسكين قميص أو رداء أو كساء أو ملخفة أو جبة أو قباء أو أزار كبير
وهو الذي يستلبدن لأن الله تعالى ذكر الكسوة ولم يذكر فيه التقدير فكلام يسمى لا بسه مكنسياً يحزى وما لا فلا
ولا بس ما ذكرنا يسمى مكنسياً فيحزى عن الكفارة ولا تحزى القلنسوة والخفان والنعلان لأن لا بسهماً لا يسمى
مكنسياً إذا لم يكن عليه ثوب ولا هي تسمى كسوة في العرف وأما السراويل والعمامة فقد اختلفت الروايات فيها
روي الحسن بن زياد عن أبي حنيفة رحمه الله أنه إذا أعطى مسكيناً ثوباً أو كساءً أو سراويل أو عمامة سابعة يجوز
وروي عن أبي يوسف أنه لا تحزى السراويل والعمامة وهو رواية عن محمد بن أبي حمزة عن هشام بن محمد عن هشام بن محمد عن
أن السراويل تحزى به وهذا لا يوجب اختلاف الرواية في العمامة لأن رواية الحسن شرط في العمامة أن تكون
سابعة فتحمل رواية عدم الجواز فيها على ما إذا لم تكن سابعة وهي أن لا تكفي قميص واحد (وأما) السراويل
(فوجه) رواية الجواز تحوز فيه الصلاة فيحزى عن الكفارة كالتقميص (ووجه) رواية عدم الجواز وهي التي صححها
القصد وروي رحمه الله أن لا بس السراويل لا يسمى مكنسياً عرفاً وعادة بل يسمى عرياً فلا يدخل تحت مطلق
الكسوة وذكر الطحاوي أنه إذا كسا امرأة فإنه يزني فيه الجمار وهذا اعتبار جواز الصلاة في الكسوة على ما روي
عن محمد بن رأسي عورة لا تحوز صلاتها مع انكشافه ولو أعطى كل مسكين نصف ثوب لم يحز منه الكسوة
ولكنه يحزى من الطعام عندنا إذا كان يساوي نصف صاع من حنطة (أما) عدم جواز من الكسوة فلان
الواجب هو الكسوة ونصف ثوب لا يسمى كسوة لا يجوز أن تعتبر قيمته عن كسوة ردئة لأن الشيء لا يكون بدلاً
عن نفسه (وأما) جوازه عن الطعام إذا بلغ قيمته نصف صاع فلان القيمة تجوز بدلاً عن الكسوة عندنا كما تجوز بدلاً

عن الطعام والوجه فيه على نحو ما ذكرنا في الطعام وهل تشتري بنية البدية قال أبو يوسف تشتري ولا تجزي الكسوة عن الطعام بالنية وقال محمد لا تشتري بنية التكفير كافية (وجه) قول محمدان الواجب عليه ليس الا التكفير فيستدعي بنية التكفير وقد وجدت فيجزيه كالأعطى المسكين درهم بنية الكفارة وهي لا تبلغ قيمة الكسوة وتبلغ قيمة الطعام جازت عن الطعام ولو كانت لا تبلغ قيمة الطعام وتبلغ قيمة الكسوة جازت عن الكسوة من غير بنية البدية كذا هذا (وجه) قول أبي يوسف ان المؤدى يحتمل الجواز عن نفسه لانه يمكن تكيله بضم الباقي اليه فلا يصير بدلا لا يجعله بدلا وذلك بالنية بخلاف الدرهم لانه لا جواز لها عن نفسها لانها غير منصوص عليها فكانت متعينة للبدية فلا حاجة الى التعيين وكذلك لو كسا كل مسكين قلنسوة أو خفين أو نعلين لم يجزه في الكسوة وأجزأه في الطعام اذا كان يساويه في القيمة عند أصحابنا لما قلنا وكذا لو أعطى عشرة مساكين ثوبا واحدا بينهم كثير القيمة نصيب كل مسكين منهم أكثر من قيمة ثوب لم يجزه في الكسوة وأجزأه في الطعام لما ذكرنا ان الكسوة منصوص عليها فلا تكون بدلا عن نفسها وتصلح بدلا عن غيرها كالأعطى كل مسكين ربع صاع من خنطة وذلك يساوي صاعا من ثمره انه لا يجزي عن الطعام وان كان مدم من خنطة يساوي ثوبا يجزي عن الكسوة لان الطعام يجوز ان يكون قيمة عن الثوب ولا يجوز ان يكون قيمة عن الطعام لان الطعام كله شيء واحد لان المقصود منه واحد فلا يجوز بعضه عن بعض بخلاف الطعام مع الكسوة لانهما متغايران ذاتا ومقصودا فجاز ان يقوم أحدهما مقام الآخر وكذا لو أعطى عشرة مساكين دابة أو عبدا وقيمتها تبلغ عشرة أثواب جاز في الكسوة وان لم تبلغ قيمة عشرة أثواب وبلغت قيمة الطعام أجزأه عنه عندنا لان دفع البدل في باب الكفارة جائز عندنا قال أبو يوسف لو أن رجلا عليه كفارة عشرين فاعطى عشرة مساكين مسكينا نصف صاع من خنطة ومسكينا صاعا من شعير ومسكينا ثوبا وغدى مسكينا وعشاء لم يجزه ذلك حتى يكمل عشرة من أحد النوعين لان الله تبارك وتعالى جعل الكفارة أحد الأنواع الثلاثة من الاطعام أو الكسوة أو التحرير بقوله تبارك وتعالى فكفارة اطعام عشرة مساكين الى قوله تعالى أو كسوتهم أو تتناول أحداهم فلا تجوز الجمع بينها لانه يكون نوعا رابعا وهذا لا يجوز لكنه اذا اختار الطعام جاز له أن يعطى مسكينا خنطة ومسكينا شعيرا ومسكينا ثوبا لان اسم الطعام يتناول الكل ولو أعطى نصف صاع من ثمر جيد يساوي نصف صاع من بر لم يجز الا عن نفسه بقدره لان الثمر منصوص عليه في الاطعام كالبر فلا يجزي أحد هماغ الأخر كما لا يجوز الثمن عن الثمر ويجزي الثمر عن الكسوة لان المقصود من كل واحد منهما غير المقصود من الآخر فجاز اخراج أحد هماغ الأخر بالقيمة والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) صفة الكسوة فهي انها لا تجوز الا على سبيل التملك بخلاف الاطعام عندنا لان الكسوة لدفع حاجة الحر والبرد وهذه الحاجة لا تندفع الا بتملك لانه لا يتقطع حقه الا به فاما الاطعام فدفع حاجة الجوع وذلك يحصل بالطعم لان حقه يتقطع به ويجوز أداء القيمة عن الكسوة كما يجوز عن الطعام عندنا خلافا للشافعي رحمه الله ولودفع كسوة عشرة مساكين الى مسكين واحد في عشرة أيام جاز عندنا وعند الشافعي لا يجوز الا عن مسكين واحد كما في الاطعام ولو أطم خمسة مساكين على وجه الاباحة وكسا خمسة مساكين فان أخرج ذلك على وجه المنصوص عليه لا يجوز لما ذكرنا أن الله تبارك وتعالى أوجب أحد شيئين فلا يجمع بينهما وان أخرج على وجه القيمة فان كان الطعام أرخص من الكسوة أجزأه وان كانت الكسوة أرخص من الطعام لم يجزه لان الكسوة تملك فجاز ان تكون بدلا عن الطعام ثم اذا كانت قيمة الكسوة مثل قيمة الطعام فقد أخرج الطعام وان كانت أعلى فقد أخرج قيمة الطعام وزيادة فجاز وصار كالأطعم خمسة مساكين طعام الاباحة وأدى قيمة طعام خمسة مساكين طعام الاباحة وأداء قيمة طعام خمسة مساكين أو أكثر جاز عندنا كذا هذا واذا كانت قيمة الكسوة أرخص من قيمة الطعام لا يكون الطعام بدلا عنه لان طعام الاباحة ليس بتمليك فلا يقوم مقام التملك وهو الكسوة لان الشيء لا يقوم مقام ما هو فوقه ولو أعطى خمسة مساكين وكسا خمسة جاز وجعل أغلاهما مائتا بدلا عن أرخصهما مائتا أيهما كان لان كل واحد منهما تملك فجاز ان

يكون أحدهما بدلا عن الآخر (وأما) مصرف الكسوة فمصرفها هو مصرف الطعام وقد ذكرناه (وأما) التحرير فله جواز
عن التكفير شرائط تختص به (فمنها) ملك الرقبة حتى لو أعتق إنسان عبده عن كفارة الغير لا يجوز أن أجاز ذلك الغير لأن
الاعتاق وقع عنه فلا توقف على غيره وكذا لو قال لغيره أعتق عبدك عن كفارتى فأعتق لم يجز عن كفارته وعتق العبد
ولو قال أعتق عبدك على ألف درهم عن كفارة يميني فأعتقه أجزأه عند أصحابنا الثلاثة لأن العتق يقع عن الآخر
وعند زفر رحمه الله لا يجوز به لأن العتق عن المأمور ولو قال أعتق عبدك عني عن كفارة يميني ولم يذكر البديل لم يجزه عن
الكفارة في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لأن العتق يقع عن الأمر والمسألة قد مرّت في كتاب الولاء فرق بين هذا
وبين الكسوة والأطعام أن هناك يجزيه عن الكفارة وأن لم يذكر البديل وعن الاعتاق لا يجوز عندهما (وجهه)
أن التملك بغير بدل هبة ولا جواز لها بدون القبض ولم يوجد القبض في الاعتاق ووجد في الأطعام والكسوة لأن
قبض الفقير يقوم مقام قبض المكفر (ومنها) أن تكون الرقبة كاملة للعتق وهو أن تكون كلها ملك الممتق
وإن شئت قلت ومنها حصول كمال العتق للرقبة بالاعتاق لأن التحرير المطلق مضاف إلى الرقبة لا يتحقق بدونه وعلى
هذا يخرج ما إذا أعتق عبيدين بينه وبين رجل أنه لا يجوز له عن الكفارة لأن اعتاق عبيدين بين رجلين يوجب تفريق
العتق في شخصين فلا يحصل لكل واحد منهما عتق كامل لأن عدم كمال الملك له في كل واحد منهما فالواجب
عليه صرف عتق كامل إلى شخص واحد فإذا فرقه لا يجوز كالأعطى طعام مسكين واحد إلى مسكينين
بخلاف شاتين بين رجلين ذكياهما عن نسيكهما أجزأهما لأن الشركة في النسيك جائزة إذا صاب كل واحد منهما
مقدار شاة بدليل أنه يجوز بدنة واحدة لسبعة فكان الشرط في باب النسيك أن يكون مقدار شاة وقد وجد وعلى
هذا يخرج ما إذا أعتق عبدا بينه وبين غيره وهو موسر أو معسر أنه لا يجوز عن الكفارة عند أبي حنيفة رضي الله
عنه لنقصان الملك والعتق لأن العتق يتجزأ عنده وعندهما أن كان موسرا يجوز وأن كان معسرا لا يجوز لأنه تعجب
السعاية على العبد إذا كان معسرا فيكون اعتاقا بموضع وإذا كان موسرا لا سعاية على العبد (ومنها) أن تكون الرقبة
كاملة الرق لأن المأمور به تحرير رقبة مطلقا والتحرير تحليل عن الرق فيقتضي كون الرقبة مرقوقة مطلقا ونقصان
الرق فوات جزء منه فلا تكون الرقبة مرقوقة مطلقا فلا يكون تحريره مطلقا فلا يكون آتيا بالواجب وعلى هذا
يخرج محرير المذبر وأم الولد عن الكفارة أنه لا يجوز لنقصان رقهما لثبوت الحرية من وجهه أو حق الحرية بالتدبير
والاستيلاد حتى امتنع تملكها بالبيع والهبة وغيرهما (وأما) تحرير المكاتب عن الكفارة فجاز استحسانا إذا كان
لم يؤد شيئا من بدل الكتابة والقياس أن لا يجوز وهو قول زفر والشافعي رحمهما الله ولو كان أدى شيئا من بدل
الكتابة لا يجوز بتحريمه عن الكفارة في ظاهر الرواية وروى الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنهما أنه يجوز
ولو عجز عن أداء بدل الكتابة ثم أعتقه جاز بلا خلاف سواء كان أدى شيئا من بدل الكتابة أو لم يؤد (وجهه)
القياس أن الاعتاق إزالة الملك وملك المولى من المكاتب زائل إذا ملك عبارة عن القدرة الشرعية على التصرفات
الحسية والشرعية من الاستخدام والاستفراش والبيع والهبة والإجازة ونحوها وهذه القدرة زائلة عن المولى
في حق المكاتب فإنه لا يملك شيئا من ذلك عليه والدليل أنه لو قال كل مملوك لي حر لا يدخل فيه المكاتب
وكذا لو وطئت المكاتب بشبهة كان العقر لها للمولى وإذا جنى على المكاتب كان الأرض له لا للمولى فدل أن ملكه
زائل فلا يجوز اعتاقه عن الكفارة ولهذا سلم له الأولاد والأكساب ولا يسلم ذلك بالاعتاق المبتدأ فدل أن
العتق يثبت بجهة الكتابة (ولنا) لبيان أن الملك ملك المولى النص ودلالة الإجماع والمعقول (أما) النص فقول النبي
عليه الصلاة والسلام المكاتب عبد ما بقي عليه درهم والعبد المضاف إلى العباد اسم للمملوك من بني آدم في عرف اللغة
والشرع ولهذا لو قال كل عبد لي فهو حر دخل فيه المكاتب والله جل وعلا أعلم (وأما) دلالة الإجماع فإنه لو أدى
بدل الكتابة أو أبرأ المولى عن البديل يعتق ولا يعتق فبالإجماع لا يملكه ابن آدم على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم

(وأما) المعقول فهو ان الملك كان ثابتاً له فيه قبل العقد والعارض ليس الالفاظ الكتابة وليس فيه ما ينبي عن زوال الملك لان الكتابة تستعمل في الفرض والتقدير وفي الكتابة المعرف وقوشى من ذلك لا ينبي عن زوال الملك فيبقى الملك على ما كان قبل العقد (وأما) قوله ان الملك هو القدرة الشرعية على التصرفات الحسية والشرعية وهي غير ثابتة للمولى فمنع ان الملك هو القدرة بل هو اختصاص المالك بالملوك فلك العين هو اختصاص المالك بالعين وكونه أحق بالعين من غيره ثم قد يظهر أثره في جواز التصرفات وقد لا يظهر مع قيامه في نفسه لقيام حق الغير في المحل فحقاً حتماً كالرهن والمستأجر وإنما لا يدخل في اطلاق قوله كل ملوك لى فهو حر لا يخلل في الملك لانه لا يخلل فيه كما بينا بل يخلل في الاضافة لكونه حراً إذا لم يدخل تحت مطلق الاضافة حتى لو نوى يدخل وسلامة الاولاد والا كساب ممنوعة في الفرض والرواية فيما أدى بدل الكتابة أو أبرأه عنها كذا قال أستاذ أستاذى الشيخ الامام فخر الاسلام على بن محمد البرزوى ولئن سلمنا سلامة الا كساب والاولاد ولكن لمقام ان السلامة تثبت حكماً لثبوت العتق بجهة الكتابة السابقة بل تثبت حكماً لثبوت العتق بالا عتاق الموجود في حال الكتابة بدليل انه يسقط عنه بدل الكتابة وبدل الكتابة لا يسقط بثبوت العتق بجهة الكتابة بل بتقر ربه (وأما) اذا كان أدى بعض بدل الكتابة فاعتقه عن الكفارة فمنع على رواية الحسن عن أبى حنيفة رضى الله عنه (وأما) التخرج على ظاهر الرواية فظاهر أيضاً لانه لم أدى بعض بدل الكتابة فقد حصل للمولى عوضاً عن بعض رقبته فيكون في معنى الاعتاق بعوض وهذا لا يجزى عن التكفير كذا هذا والله عز وجل أعلم وعلى هذا يخرج ما اذا أعتق نصف عبده عن كفارة ثم أعتق النصف الآخر عنها انه يجزئ (أما) على أصل أبى يوسف ومحمد رحمهما الله فظاهر لان اعتاق النصف اعتاق الكل لان العتق لا يتجزأ فلم يتطرق الى الرق نقصان (وأما) على أصل أبى حنيفة رضى الله عنه فالعتق وان كان متجزئاً وحصل باعتاق النصف الاول نقصان لكن النقصان حصل مصر وفاقاً الى الكفارة في رق النصف الآخر لاستحقاقه حق الحرية بتخرجه الى الاعتاق لانه حين ما أعتق النصف الاول كان النصف الآخر على ملكه فامكن صرف النقصان الى الكفارة فصار كأنه أعتق النصف وبعض النصف الكامل وهو ما انتقص منه ثم أعتق البقية في المرة الثانية بخلاف ما اذا أعتق نصف عبدين وبين آخر وهو موسر فضمنه صاحبه نصف قيمته ثم أعتق النصف الآخر انه لا يجوز عند أبى حنيفة رضى الله عنه لان اعتاق النصف الاول أو جب نقصاناً في النصف الباقي ولا يمكن أن يجعل كأنه صرف ذلك النقصان الى الكفارة لانه لا ملك له في ذلك النصف فبطل قدر النقصان ولم يقع عن الكفارة ثم بعد أداء النصف الباقي صرفه الى الكفارة وهو ناقص فيصير في الحقيقة معتقاً عن الكفارة عبد الا قدر النقصان (وأما) على أصلهما فيجوز في المسئلتين لان العتق عندهما لا يتجزأ فكان اعتاق البعض اعتاق الكل دفعة واحدة فلا يمكن نقصان الرق في الرقبة فيجوز ولو أعتق عبداً حلال الدم جاز لان حل الدم لا يوجب نقصاناً في الرق فكان كامل الرق وإنما وجب عليه حق فأشبهه العبد المديون (ومنها) أن تكون كاملة الذات وهو أن لا يكون جنس من أجناس منافع أعضائها فائناً لانه اذا كان كذلك كانت الذات هالكة من وجهه فلا يكون الموجود تحريراً رقبته مطلقاً فلا يجوز عن الكفارة وعلى هذا يخرج ما اذا أعتق عبداً مقطوع اليدين أو الرجلين أو مقطوع يد واحدة ورجل واحدة من جانب واحد أو يابس الشق مفلوجاً أو مقعداً أو زماً أو أشل اليدين أو مقطوع الابهامين من اليدين أو مقطوع ثلاثة أصابع من كل يد سوى الابهامين أو أعمى أو مفقود العينين أو معتوهاً مغلوباً أو أخرس أن لا يجوز عن الكفارة لقوات جنس من أجناس المنفعة وهي منفعة البطش بقطع اليدين وشللها و قطع الابهامين لان قطع الابهامين يذهب بقوة اليد فكان كقطع اليدين وقطع ثلاثة أصابع من كل يد لان منفعة البطش تقوت به ومنفعة المشى بقطع الرجلين و بقطع يد ورجل من جانب والزمانة والقليح ومنه النظر بالعمى وفق العينين ومنفعة الكلام بالخرس ومنفعة العقل بالجنون ويجوز اعتاق الا عور ومفقود احدى العينين والاعشى

ومقطوع يد واحدة أو رجل واحدة ومقطوع يد ورجل من خلاف وأشل يد واحدة ومقطوع الأصبعين من كل يد سوى الإبهامين والعينين والخصى والمحبوب والخنثى والامة الرتقاء والقرناء وما ينفع من الجماع لأن منفعة الجنس في هذه الأعضاء قائمة ويجوز مقطوع الأذنين لأن منفعة السمع قائمة وإنما الأذن الشاحصة للزينة وكذا مقطوع الأنف لأن القاء هو الجمال (وأما) منفعة الشم قائمة وكذا ذهاب شعر الرأس واللحية والحاجبين لأن الشعر للزينة وكذا مقطوع الشفتين إذا كان يقدر على ألاكل لأن منفعة الجنس قائمة وإنما عدت الزينة ولا يحجز ساقط الأسنان لأنه لا يقدر على ألاكل فقامت منفعة الجنس (وأما) الأصم فالقياس أن لا يجوز لقوات جنس المنفعة وهي منفعة السمع فأشبهه الأعمى ويجوز استحسانا لأن أصل المنفعة لا يفوت بالصمم وإنما ينقص لأن ما من أصم إلا ويسمع إذا بلغ في الصباح إذا كان أخرس كذا قيل فلا يفوت بالصمم أصل المنفعة بل ينقص وقصمان منفعة الجنس لا يمنع جواز التكفير وقيل هذا إذا كان في أذنه وقر فاما إذا كان بحال لوجهه بالصوت في أذنه لا يسمع لا يجوز ولو أعتق جنينا لم يحجزه عن الكفارة وإن كان ولد بعد يوم جنائسه لأن المأمور به بحرر رقبة والجنين لا يسمى رقبة ولأنه لا يصير فأشبهه الأعمى (ومنها) أن يكون الاعتاق بغير عوض فإن كان بعوض لا يجوز لأن الكفارة عبارة عما يكون شاقا على البدن فإذا قابله عوض لا يشق عليه إخراج عنه ملكه ولما ذكرنا أن كفارة العيمين إنما تجب لاداقة النفس مرارة والملك بقا بلة ما استوفت من الشهوات في غير حلها وهذا المعنى لا يحصل إذا كان بعوض لأن الزائل إلى عوض قائم معنى فلا يتحقق ما وضعت له هذه الكفارة وعلى هذا يخرج ما إذا أعتق عبده على مال عن كفارته أنه لا يجوز وإن أبرأه بعد ذلك عن العوض لا يجوز أيضاً لأنه وقع لا عن جهة التكفير ومضى على وجهه فلا يتقلب كفارة بعد ذلك كما لو أعتق بغيرنية الكفارة ثم نوى بعد العتق ولو كان العبد بين رجلين أعتقه أحدهما وهو معسر عن كفارته لا يحجز به لأن للشرىك أن يستعسى العبد في نفسه بالاتفاق فيصير في معنى الاعتاق بعوض ولو كان في رقبة العبد دين فأعتقه المولى عن كفارته فاختر الفراء استسعاء العبد أجزأه عن الكفارة لأن السعاية ليست بعوض عن الرق وانما هي لدين لزم العبد قبل الحرية فيسعى وهو حر فلا يمنع جواز الاعتاق عن الكفارة وكذا لو أعتق عبداً هنا فسعى العبد في الدين فإنه يرجع على المولى ويجوز عن الكفارة لأن السعاية ليست بدل الرق لأنها ما وجبت للتخريج إلى الاعتاق لحصول العتق بالاتفاق السابق وانما هي لدين لزمه عن المولى وإن كان موسراً لا يجوز عند أبي حنيفة رضي الله عنه لنقصان الملك والرق أيضاً على ما بينا أنه لا يرى أنه لا يعتق إلا نصفه عنده لتجزى العتق عنده وعندهما لا يجوز لأن العتق لا يتجزأ عندهما فيتكامل ولا يتكامل الملك فيتملك نصيب الشريك بمقتضى الاعتاق ويسار المعتق يمنع استسعاء العبد عندهما فمضى الاعتاق عن العوض فجاز ولو أعتق عبداً في مرض موته عن الكفارة وليس له مال غيره لم يحجزه عن الكفارة لأنه يعتق ثلثه ويسعى في ثلثه فيصير بعضه ببذل وبعضه بغير بدل فلم يحجز والله سبحانه وتعالى أعلم (ومنها) الحنث في كفارة العيمين فلا يجوز تكفير العيمين قبل الحنث وهو قول الشافعي رحمه الله في التكفير بالصوم (وأما) التكفير بالمال فجاز عنده والمسئلة مرت في كتاب الإيمان (وأما) الموت فليس بشرط في كفارة القتل حتى يجوز التكفير فيها بعد الجرح قبل الموت وقد ذكرنا وجه الفرق بين الكفارتين في كتاب الإيمان والله عز وجل الموفق ويستوى في التحرير الرقبة الكبيرة والصغيرة والذكر والأنثى لا إطلاق اسم الرقبة في النصوص فإن قيل الصغير لا منافع لأعضائه فينبغي أن لا يجوز اعتاقه عن الكفارة كالذي وكذا لا يحجز إطعامه عن الكفارة فكذا اعتاقه فالجواب عن الأول أن أعضاء الصغير سليمة لكنها ضعيفة وهي عرض أن تصير قوية فأشبهه المريض وهذا لأن سلامة الأعضاء إذا كانت ثابتة يشق عليه إخراجها عن ملكه أكثر مما يشق عليه إخراج فائت جس المنفعة وذاتاً فهذا أولى (وأما) إطعامه عن الكفارة فجاء على طريق التعليل وانما لا يجوز على سبيل الإباحة لأنه لا يأكل أكل المعتاد أو يستوى فيه الرقبة المؤمنة

والكافرة وكذا في كفارة الظهار عندنا (وأما) في كفارة القتل فلا يجوز فيها الا المؤمنة بالاجماع وقال الشافعي رضي الله عنه لا يجوز في الكفارات كلها الا المؤمنة والا صل فيه أن النص الوارد في كفارة اليمين وكفارة الظهار مطلق عن قيد ايمان الرقبة والنص الوارد في كفارة القتل مقيد بقيد الايمان فجعل الشافعي رحمه الله المطلق على المقيد ونحن أجريننا المطلق على اطلاقه والمقيد على تقييده (وجه) قوله أن المطلق في معنى الجمل والمقيد في معنى المفسر والجمل يحمل على المفسر ويصير النصان في معنى كنص الجمل والمفسر ولهذا حمل المطلق على المقيد في باب الشهادة والزكاة وكفارة اليمين حتى شرطت العد التلوجوب قبول الشهادة والاسامة لتوجوب الزكاة وشرط التتابع في صوم كفارة اليمين كذا ههنا (ولنا) وجهان أحدهما طريق مشايخنا بسمرة قند وهو أن حمل المطلق على المقيد ضرب النصوص بعضها في بعض وجعل النصين كنص واحد مع امكان العمل بكل واحد منهما وهذا لا يجوز بخلاف الجمل لأنه غير ممكن العمل بظاهره والثاني طريق مشايخ العراق وهو أن حمل المطلق على المقيد نسخ للاطلاق لأن بعد ورود النص المقيد لا يجوز العمل بالمطلق بل ينسخ حكمه وليس النسخ الا بيان منتهى مدة الحكم الاول ولا يجوز نسخ الكتاب بالقياس ولا بخبر الواحد وقوله المطلق في معنى الجمل ممنوع لأن الجمل لا يمكن العمل بظاهره والمطلق يمكن العمل بظاهره إذ هو اسم لما يتعرض للذات دون الصفات فيمكن العمل باطلاقه من غير الحاجة الى البيان فلا ضرورة الى حمل المطلق على المقيد وفي الموضع الذي حمل انما حمل لضرورة عدم الامكان وذلك عند اتحاد السبب والحكم لا استحالة ثبوت حكم واحد في زمان واحد مطلقا ومقيدا فيخرج على البيان وعلى النسخ وعلى الاختلاف المعروف بين مشايخنا أن تقييد المطلق بيان أو نسخ وعند اختلاف السبب لا ضرورة فلا يحمل والله عز وجل أعلم وبه تبين أن شرط الايمان في كفارة القتل ثبت نصا غير معقول المعنى فيقتصر على مورد النص ويمكن أن يقال ان تحرير رقبة موصوفة بصفة الايمان في باب القتل ماوجب بطريق التكفير لان الكفارة كاسمها ستارة للذنوب والمواخذات في الآخرة والله سبحانه وتعالى وضع المؤاخذة في الخطأ بدعاء النبي عليه أشرف التحية بنا لا تؤاخذنا ان نسبنا أو أخطأنا وقال النبي عليه الصلاة والسلام رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه وانما وجبت بطريق الشكر لسلامة نفسه في الدنيا عن القصاص وفي الآخرة عن العقاب لان حفظ النفس عن الوقوع في الخطأ مقدور في الجملة بالجهد والجد والتكليف فجعل الله سبحانه وتعالى تحرير رقبة موصوفة بكونها مؤمنة شكر تلك النعمة والتحرير في اليمين والظهار يجب بطريق التكفير اذا لم يعرف ارتفاع المؤاخذة الثابتة ههنا فوجب التحريم فيهما تكفيراً فلا يستقيم القياس فان قيل اذا حنت في عينة خطأ كان التحريم شكراً على ما قلتم فينبغي أن يقاس على القتل في ايجاب تحرير رقبة مؤمنة فالجواب أنه لا يمكن القياس في هذه الصورة أيضاً لما ذكرنا أن تحرير المؤمن جمل شكر النعمة خاصة وهي سلامة الحياة في الدنيا مع ارتفاع المؤاخذة في الآخرة وفي باب اليمين النعمة هي ارتفاع المؤاخذة في الآخرة فحسب إذ ليس ثمة موجب دينوي يسقط عنه فكانت النعمة في باب القتل فوق النعمة في باب اليمين وشكر النعمة يجب على قدر النعمة كالجاء على قدر الجناية ولا يعلم مقدار الشكر الا من علم مقدار النعمة وهو الله سبحانه وتعالى فلا يمكن المقايسة في هذه الصورة أيضاً والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) كفارة الظهار والافطار والقتل فأما التحريم فجميع ما ذكرنا أنه شرط جوازه في كفارة اليمين فهو شرط جوازه في كفارة الظهار والافطار والقتل وما ليس بشرط لجواز التحريم في كفارة اليمين فليس بشرط لجوازه في تلك الكفارات الا ايمان الرقبة خاصة فانه شرط الجواز في كفارة القتل بالاجماع وكذا كمال العتق قبل المسيس في كفارة الظهار وهذا تفرع على مذهب أبي حنيفة رضي الله عنه خاصة حتى لو اعتق نصف عبده ثم وطئ ثم اعتق ما بقي فعليه أن يستقبل عتق الرقبة في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى لان العتق يتجزأ عند أبي حنيفة عليه الرحمة فلم يوجد تحرير كامل قبل المسيس فيلزمه الاستقبال (وأما) الصوم فقد ر الصوم في كفارة اليمين ثلاثة أيام لقوله سبحانه وتعالى فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام وكذا

في كفارة الحلق لحديث كعب بن عجرة رضى الله عنه ذكرناه في كتاب الحج وفي القتل والظهار والافطار صوم شهرين لورود النص به (وأما) شرط جواز هذه الصيامات فلجواز صيام الكفارة شرائط مخصوصة منها النية من الليل حتى لا يجوز نية من النهار بالاجماع لانه صوم غير عين فيستدعي وجوب النية من الليل لما ذكرنا في كتاب الصوم (ومنها) التتابع في غير موضع الضرورة في صوم كفارة الظهار والافطار والقتل بلا خلاف لان التتابع منصوص عليه في هذه الكفارات الثلاثة قال الله تبارك وتعالى في كفارة القتل والافطار من لم يجد فصيام شهرين متتابعين وقال النبي عليه الصلاة والسلام للاعرابي صم شهرين متتابعين بخلاف صوم قضاء رمضان لان الله سبحانه وتعالى أمر به من غير شرط التتابع بقوله تبارك وتعالى فمن كان منكم مريضاً أو على سفر فعدة من أيام أخر (وأما) صوم كفارة اليمين فيشترط فيه التتابع أيضاً عندنا وعند الشافعي لا يشترط بل هو بالخيار ان شاء تابع وان شاء فرق واحتج بظاهر قوله تبارك وتعالى فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام من غير شرط التتابع (ولنا) قراءة عبد الله بن مسعود رضى الله عنهما فصيام ثلاثة أيام متتابعات وقراءته كانت مشهورة في الصحابة رضى الله تعالى عنهم فكانت بمنزلة الخبر المشهور لقبول الصحابة رضى الله عنهم إياها تفسيراً للقرآن العظيم ان لم يقبلوها في كونها قرآناً فكانت مشهورة في حق حكم الصحابة رضى الله عنهم إياها في حق وجوب العمل فكانت بمنزلة الخبر المشهور والزيادة على الكتاب الكريم بالخبر المشهور جائزة بلا خلاف ويجوز بخبر الواحد وكذا عند بعض مشايخنا على ما عرف في أصول الفقه وعلى هذا يخرج ما إذا أفطر في خلال الصوم انه يستقبل الصوم سواء أفطر لغير عذر أو لعذر مرض أو سفر لقوت شرط التتابع وكذلك لو أفطر يوم الفطر أو يوم النحر أو أيام التشريق فانه يستقبل الصيام سواء أفطر في هذه الايام أو لم يفطر لان الصوم في هذه الايام لا يصلح لاسقاط ما في ذمته لان ما في ذمته كامل والصوم في هذه الايام ناقص لجأورة المصيبة إياه والناقص لا ينوب عن الكامل ولو كانت امرأة فصامت عن كفارة الافطار في رمضان أو عن كفارة القتل فحاصت في خلال ذلك لا يلزمها الاستقبال لانها لا تجد صوم شهرين لا تحيض فيهما فكانت معذورة وعليها أن تصلي أيام القضاء بعد الحيض بما قبله حتى لو لم تصلي وأفطرت يوماً بعد الحيض استقبلت لانها تركت التتابع من غير ضرورة ولو نعتت تستقبل اعدام الضرورة لانها تجد شهرين لا تقاس فيهما ولو كانت في صوم كفارة اليمين فحاصت في خلال ذلك تستقبل لانها تجد ثلاثة أيام لا حيض فيها فلا ضرورة الى سقوط اعتبار الشرط ولو جامع امرأته التي لم يظاهر منها بالنهار ناسياً أو بالليل عامداً أو ناسياً أو أكل بالنهار ناسياً لا يستقبل لان الصوم لم يفسد فلم يفت شرط التتابع (ومنها) عدم المسيس في الشهرين في صوم كفارة الظهار سواء فسد الصوم أو لا في قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف الشرط عدم فساد الصوم حتى لو جامع امرأته التي ظاهرها بالليل عامداً أو ناسياً أو بالنهار ناسياً استقبل عندهما وعند أبي يوسف يمضي على صومه وبه أخذ الشافعي (وجه) قول أبي يوسف ان هذا الجماع لا ينقطع به التتابع لانه لا يفسد الصوم فلا يجب الاستقبال كالجوامع امرأة أخرى ثم ظاهرها والصحيح قولنا لان المأمور به صوم شهرين متتابعين لا مسيس فيهما بقوله فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا فاذا جامع في خلاهما فلم يأت بالمأمور به ولو جامعها بالنهار عامداً استقبل بالاتفاق (أما) عندهما فلو جود المسيس (وأما) عنده فلا تقطع التتابع لوجود فساد الصوم (وأما) وجوب كفارة الحلق فصاحبه بالخيار ان شاء فرق لا طلاق قوله تبارك وتعالى ففدية من صيام أو صدقة أو نسك من غير فصل (وأما) الاطعام في كفارة الظهار والافطار والكلام في جوازه صفة وقدر أو محلاً كالكلام في كفارة اليمين وقد ذكرناه وعدم المسيس في خلال الاطعام في كفارة الظهار ليس بشرط حتى لو جامع في خلال الاطعام لا يلزمه الاستئناف لان الله تبارك وتعالى لم يشترط ذلك في هذه الكفارة لقوله سبحانه وتعالى فمن لم يستطع فاطعام ستين مسكيناً من غير شرط ترك المسيس الا أنه منع من الوطء قبله لجواز أن يقدّر على الصوم أو الاعتكاف فتنتقل الكفارة اليهما فيبتين ان الوطء كان حراماً على ما ذكرنا في كتاب الظهار

والكلام في الاطعام في كفارة الحلق كالكلام في كفارة اليمين الا في عدد من يطعم وهم ستة مساكين لحديث كعب بن عجرة رضي الله عنه فاما في الصفة والقدر والحل فلا يختلفان حتى يجوز فيه التملك والتمكين وهذا قول أبي يوسف وقال محمد لا يجوز فيها الا التملك كذا حكى الشيخ القدوري رحمه الله الخلاف وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي رحمه الله قول أبي حنيفة مع أبي يوسف (وجهه) قول محمد رحمه الله ان جواز التمكن في طعام كفارة اليمين لو ورد النص بلفظ الاطعام اذ هو في عرف اللغة اسم لتقديم الطعام على وجه الاباحة والنص ورد ههنا بلفظ الصدقة وانها تقتضي التملك لكنه معلل بدفع الحاجة والتصدق تملك فأشبه الزكاة والعشر (ولهما) ان النص وان ورد بلفظ الصدقة وانها تقتضي التملك لكنه معلل بدفع الحاجة وذا يحصل بالتمكين فوق ما يحصل بالتملك على ما بينا ولهذا جاز دفع القيمة وان فسرت الصدقة بثلاثة أصوع في حديث كعب بن عجرة رضي الله عنه ولو وجب عليه كفارة يمين فلم يجز ما يعتق ولا ما يكسو ولا ما يطعم عشرة مساكين وهو شيخ كبير لا يقدر على الصوم فأراد أن يطعم ستة مساكين عن صيام ثلاثة أيام لم يجز الا أن يطعم عشرة مساكين لان الصوم بدل والبذل لا يكون له بدل فاذا عجز عن البذل تأخر وجوب الاصل وهو أحد الاشياء الثلاثة الى وقت القدرة وان كان عليه كفارة القتل أو الظهار أو الافطار ولم يجز ما يعتق وهو شيخ كبير لا يقدر على الصوم ولا يجز ما يطعم في كفارة الظهار والافطار يتأخر الوجوب الى أن يقدر على الاعتاق في كفارة القتل وعلى الاعتاق أو الاطعام في كفارة الظهار والافطار لان إيجاب الفعل على العاجز محال والله أعلم

كتاب الاشربة

الكلام في هذا الكتاب في مواضع في بيان أسماء الاشربة المعروفة المسكرة وفي بيان أحكامها وفي بيان حد السكر (أما) أساؤها فالخمر والسكر والقضيخ وقبيح الزبيب والطلاء والباذق والمنصف والمثلث والجمهوري وقد يسمى أبوسقيا والخليطان والمزرو والجمعة والبتع (أما) بيان معاني هذه الاسماء أما الخمر فهو اسم للنبي من ماء العنب اذا غلا واشتد وقذف بالزبد وهذا عند أبي حنيفة عليه الرحمة وعند أبي يوسف ومحمد عليهما الرحمة ماء العنب اذا غلا واشتد فقد صار خمرًا وترتب عليه أحكام الخمر قذف بالزبد أو لم يقذف به (وجهه) قولهما أن الركن فيها معنى الاسكار وذا يحصل بدون القذف بالزبد (وجهه) قول أبي حنيفة رحمه الله أن معنى الاسكار لا يتكامل الا بالقذف بالزبد فلا يصير خمرًا بدونه (وأما) السكر فهو اسم للنبي من ماء الرطب اذا غلا واشتد وقذف بالزبد أو لم يقذف على الاختلاف وأما القضيخ فهو اسم للنبي من ماء البسر المنضوخ وهو المدقوق اذا غلا واشتد وقذف بالزبد أو لا على الاختلاف (وأما) قبيح الزبيب فهو اسم للنبي من ماء الزبيب المنقوع في الماء حتى خرجت حلاوته اليه واشتد وقذف بالزبد أو لا على الخلاف (وأما) الطلاء فهو اسم للمطبوخ من ماء العنب اذا ذهب أقل من الثلثين وصار مسكرًا أو يدخل تحت الباذق والمنصف لان الباذق هو المطبوخ أدنى طبخة من ماء العنب والمنصف هو المطبوخ من ماء العنب اذا ذهب نصفه وبقي النصف وقيل الطلاء هو المثلث وهو المطبوخ من ماء العنب حتى ذهب ثلثاه وبقي معقًا وصار مسكرًا (وأما) الجمهوري فهو المثلث يصب الماء بعد ما ذهب ثلثاه بالطبخ قدر الذاهب وهو الثلثان ثم يطبخ أدنى طبخة ويصير مسكرًا (وأما) الخليلطان فهما التمر والزبيب أو البسر والرطب اذا خاطا ونبتا حتى غليا واشتدا (وأما) المزرف فهو اسم لنبيذ الذرة اذا صار مسكرًا (وأما) الجمعة فهو اسم لنبيذ الحنطة والشعير اذا صار مسكرًا (وأما) البتع فهو اسم لنبيذ العسل اذا صار مسكرًا هذا بيان معاني هذه الاسماء (وأما) بيان أحكام هذه الاشربة أما الخمر فيعلق بها أحكام (منها) انه يحرم شرب قليلها وكثيرها الا عند الضرورة لانه محرمة العين فيستوى في الحرمة قليلها وكثيرها (والدليل) على أنها محرمة العين قوله سبحانه وتعالى رجس من عمل الشيطان وصف سبحانه وتعالى الخمر بكونها رجسا

وغير المحرم لا يوصف به فهذا يدل على كونها محرمة في نفسها وقوله عز من قائل إنما يريد الشيطان أن يوقع بينكم العداوة
 الآية فدل على حرمة السكر فحرمت عينها والسكر منها وقال عليه الصلاة والسلام حرمت الخمر لعينها قليلاً وكثيرها
 والسكر من كل شراب إلا أنه رخص شرابها عند ضرورة العطش أولاً كراه قدر ما تندفع به الضرورة ولأن حرمة
 قليلها ثبت بالشروع المحض فاحتمل السقوط بالضرورة كحرمة الميتة ونحو ذلك وكذا لا يجوز الانتفاع بها للبداءة
 وغيرها لأن الله تعالى لم يجعل شفاء نافعاً حرم علينا ويحرم على الرجل أن يسقي الصغير الخمر فإذا سقاها فلاثم عليه دون
 الصغير لأن خطاب التحريم يتناولها (ومنها) أنه يكفر مستحلباً لأن حرمتها ثبتت بدليل مقطوع به وهو نص
 الكتاب الكريم فكان منكر الحرمة منكر الكتاب (ومنها) أنه يحد شاربها قليلاً أو كثيراً لاجتماع الصحابة
 رضي الله تعالى عنهم على ذلك ولو شرب خمر أتمزج بالماء أن كانت الغلبة للخمر يجب الحد وإن غلب الماء عليها حتى
 زال طعمها ويرى بها لا يجب لأن الغلبة إذا كانت للخمر فقد بقي اسم الخمر ومعناها وإذا كانت الغلبة للماء فقد زال الاسم
 والمعنى إلا أنه يحرم شرب الماء الممزوج بالخمر لما فيه من أجزاء الخمر حقيقة وكذا يحرم شرب الخمر المطبوخ لأن
 الطبخ لا يحل حراماً ولو شرب بها يجب الحد لبقاء الاسم والمعنى بعد الطبخ ولو شرب دردى الخمر لا حد عليه إلا إذا
 سكر لأنه لا يسمى خمر أو معنى الخمر به فيه ناقص لكونه مخلوطاً بغيره فأشبهه المنصف وإذا سكر منه يجب حد السكر
 كما في المنصف ويحرم شر به لما فيه من أجزاء الخمر ومن وجد منه رائحة الخمر أو قاء خمر لا حد عليه لأنه يحتمل أنه
 شر بها مكرهاً فلا يجب مع الاحتمال ولا حد على أهل الذمة وإن سكر وامن الخمر لأنها حلال عندهم وعن الحسن بن
 زياد رحمه الله أنهم يحدون إذا سكر والآن السكر حرام في الأديان كلها (ومنها) أن حد شرب الخمر وحد السكر
 مقدر ثمانين جلدة في الأحرار لاجتماع الصحابة رضي الله عنهم وقياسهم على حد القذف حتى قال سيدنا علي رضي
 الله عنه إذا سكر هذى وإذا هذى افتري وحد المقتربين ثمانون وأربعين في العبيد لأن الرق منصف للحد كحد القذف
 وإن قال الله تعالى جل وعلا فإن أتيت بما حشة فعلمين نصف ما على المحصنات من العذاب (ومنها) أنه يحرم على
 المسلم تملكها وتملكها بسائر أسباب الملك من البيع والشراء وغير ذلك لأن كل ذلك انتفاع بالخمر وإنها محرمة الانتفاع
 على المسلم وروى عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال يا أهل المدينة إن الله تبارك وتعالى قد أنزل تحريم الخمر فن
 كتب هذه الآية وعنده شيء منها فلا يشربها ولا يبيعها فسكرها في طرق المدينة إلا أنها تورث لأن الملك في الموروث
 ثبت شرعاً من غير صنع العبد فلا يكون ذلك من باب التملك والملك والخمر إن لم تكن متقومة فهي مال عندنا فكانت
 قابلة للملك في الجملة (ومنها) أنه لا يضمن متلفها إذا كانت لمسلم لأنها ليست متقومة في حق المسلم وإن كانت مالا في
 حقه واتلاف مال غير متقوم لا يوجب الضمان وإن كانت لذي يضمن عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله وهي من مسائل
 الفقه (ومنها) أنها نجسة غليظة حتى لو أصاب ثوباً كثيراً من قدر الدرهم منع جواز الصلاة لأن الله تبارك وتعالى
 سها رجساً في كتابه الكريم بقوله رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه ولو بل بها الحنطة فغسلت وجفت وطحنت
 فإن لم يوجد منها طعم الخمر ورأيتها يحل أكله وإن وجد لا يحل لأن قيام الطعم والرائحة دليل بقاء أجزاء الخمر
 وزوالها دليل زوالها ولو سقيت بهيمة منها ثم ذبحت فإن ذبحت ساعة ما سقيت به تحل من غير كراهة لأنها في
 أمعائها بعد فتطهر بالغسل وإن مضى عليها يوم أو أكثر تحل مع الكراهة لا احتمال أنها تفرقت في العروق والأعصاب
 (ومنها) إذا تخللت بنفسها يحل شرب الخل بلا خلاف لقوله عليه الصلاة والسلام نعم الأدام اتحل وأما يعرف التخلل
 بالتغير من المرارة إلى الحموضة بحيث لا يبقى فيها مرارة أصلاً عند أبي حنيفة رضي الله عنه حتى لو بقي فيها بعض
 المرارة لا يحل وعند أبي يوسف ومحمد تصير خلا بظهور قليل الحموضة فيها لأن من أصل أبي حنيفة رحمه الله أن العصير
 من ماء العنب لا يصير خمر إلا بعد تكامل معنى الخمرية فيه فكذا الخمر لا يصير خلا إلا بعد تكامل معنى الخلية فيه
 وعندهما يصير خمر بظهور دليل الخمرية ويصير خلا بظهور دليل الخلية فيه هذا إذا تخللت بنفسها فاما إذا خللها

صاحبها بعلاج من نخل أو ملح أو غيرهما فالتخليل جائز والنخل حلال عندنا وعند الشافعي لا يجوز التخليل ولا يحل النخل وإن خللها بالنخل من موضع إلى موضع فلا شك أنه يحل عندنا وللشافعي رحمه الله قولان واحتج بما روى أن بعد نزول تحريم الخمر كانت عند أبي طلحة الانصاري رحمه الله خمرة لا يتام فجاء إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال ما نصنع بها يا رسول الله فقال عليه الصلاة والسلام أرقها فقال أبو طلحة أفلا أخللها قال عليه الصلاة والسلام لا نص عليه الصلاة والسلام على النهي عن التخليل وحقيقة النهي للتحريم ولأن في الاشتغال بالتخليل احتمال الوقوع في الفساد ويتجنس الظاهر منه ضرورة وهذا لا يجوز بخلاف ما إذا تخللت بنفسها (ولنا) ما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال أيما هاب دبغ فقد طهر كالخمر إذا تخلل فيحل فحقق عليه الصلاة والسلام التخليل وأثبت حل الخمر شرعاً ولأن التخليل سبب لحصول الخمر فيكون مباحاً استدلالاً بما إذا أمسكها حتى تخللت والدليل على أنه سبب لحصول الخمر أن هذا الصنع صار المانع حامضاً بحيث لا يبين في الذوق أثر المرارة فلا يخلو أماناً كان ذلك لغلبة الحموضة المرارة مع بقائها في ذاتها وأما أن كان لتغير الخمر من المرارة إلى الحموضة لا سبيل إلى الأول لأنه لا حموضة في الملح لتغلب المرارة وكذلك بالقاء حلو قليل يصير حامضاً في مدة قليلة لا تتخلل بنفسها عادة والقليل لا يغلب الكثير فتعين أن ظهور الحموضة باجراً الله تعالى العادة على أن مجاوزة الخمر لغيرها من المرارة إلى الحموضة في مثل هذا الزمان تثبت أن التخليل سبب لحصول الخمر فيكون مباحاً لأنه حينئذ يكون اكتساب مال متقوم عندنا وعنده يكون اكتساب المال وكل ذلك مشروع (وأما) الحديث فقد روى أن أبا طلحة رحمه الله لما قال أفلا أخللها قال عليه الصلاة والسلام نعم فتعارضت الروايتان فسقط الاحتجاج على أنه يحمل على النهي عن التخليل لمعنى في غيره وهو دفع عادة العامة لأن القوم كانوا حديثي العهد بتحريم الخمر فكانت بيوتهم لا تخلو عن خمر وفي البيت غلمان وجواري وصبيان وكانوا ألفوا شرب الخمر وصاروا عادة لهم وطبيعة والزروع عن العادة أمر صعب فقيم البيت إن كان ينزجر عن ذلك ديانة فقل ما يسلم الاتباع عنها لو أمر بالتخليل إذ لا يتخلل من ساعتها بل بعد وقت معتبر فيؤدي إلى فساد العامة وهذا لا يجوز وقد اندم ذلك المعنى في زماننا ليقر التحريم ويألف الطبع تحريمها فخللنا على هذا دفلاً للتناقض عن الدليل وبه تبين أن ليس فيما قلناه احتمال الوقوع في الفساد وقوله تنجس الظاهر من غير ضرورة نعم لكن الحاجة وأنه لما ترك دبغ جلد الميتة والله سبحانه وتعالى أعلم ثم لا فرق في ظاهر الرواية بين ما إذا أخلل فيها شيئاً قليلاً من الملح أو السمك أو الخمر أو كثير أحتى تخل في الحالين جميعاً وروى عن أبي يوسف أنه إن كان الخمر كثيراً لا يحل (وجه) رواية أبي يوسف رحمه الله أن الملقى من الخمر إذا كان قليلاً فهذا التخليل لظهور الحموضة فيها بطريق التغيير فاما إذا كان كثيراً فهذا ليس بتخليل بل هو تغليب لغلبة الحموضة المرارة فصار كما لو أخلل فيها كثيراً من الحلوات حتى صار حلواً أنه لا يحل بل يتنجس الكل فكذلك هذا (وجه) ظاهر الرواية أن كل ذلك تخليل أما إذا كان قليلاً فظاهر وكذلك إذا كان كثيراً الماذكرنا أن ظهور الحموضة عند القاء الملح والسمك لا يكون بطريق التغليب لانعدام الحموضة فيهما فتعين أن يكون بطريق التغيير وفي الكثير يكون أسرع والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) السكر والفضيخ وقيح الزبيب فيحرم شرب قليلها وكثيرها لما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال الخمر من هاتين الشجرتين وأشار عليه الصلاة والسلام إلى النخلة والكرمة والتي ههنا هو المستحق لاسم الخمر فكان حراماً وسئل عبد الله بن مسعود رضي الله عنه عن التداوى بالسكر فقال إن الله تبارك وتعالى لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم وعن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال السكر هي الخمر ليس لها كنية وروى أنه لما سئل عن قيع الزبيب قال الخمر أحيتها أشار إلى علة الحرمة وهي أن يقع الزبيب في الماء أحياء للخمر لأن الزبيب إذا وقع في الماء يعود عنباً فكان قيعه كصير العنب ولأن هذا لا يتخذ إلا للسكر فيحرم شرب قليلها وكثيرها فإن قيل ليس أن الله تبارك وتعالى قال ومن ثمرات النخيل والأعناب تتخذون منه سكرًا ورزقاً حسناً وهذا خرج مخرج تدكير النعمة والتنبيه على

شكرها فيديل على حلها فالجواب قيل ان الآية منسوخة بآية تحريم الخمر فلا يصح الاحتجاج بها والثاني ان لم تكن منسوخة فيجتمعل ان ذلك خرج مخرج التنبيه اي انكم تجعلون ما أعطاكم الله تعالى من نعمات النخيل والاعناب التي هي حلال بعضها حراما وهو الشراب والبعض حلالا وهو الدبس والزبيب والخل ونحو ذلك نظيره قوله تعالى قل أرأيتم ما أنزل الله لكم من رزق فجعلتم منه حراما وحلالا وعلى هذا كانت الآية حجة عليكم لان التغيير على الحرام لا على الحلال ولا يكفر مستحلها ولكن يضال لان حرمتها دون حرمة الخمر لثبوتها بدليل غير مقطوع به من أخبار الآحاد وأثار الصحابة رضي الله عنهم - بل ما ذكرنا ولا يحد بشرب القليل منها لان الحد انما يجب بشرب القليل من الخمر ولم يوجد بالسكر لان حرمة السكر من كل شراب كحرمة الخمر لثبوتها بدليل مقطوع به وهو نص الكتاب العزيز قال الله تعالى جل شأنه في الآية الكريمة اتايريد الشيطان أن يوقع بينكم المداوة والبغضاء في الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلاة فهل أنتم منتهون وهذه المعاني تحصل بالسكر من كل شراب فكانت حرمة السكر من كل شراب ثابتة بنص الكتاب العزيز كحرمة الخمر ولهذا جمع رسول الله صلى الله عليه وسلم بين الخمر متين في قوله عليه الصلاة والسلام حرمت عليكم الخمر لعينها قليلا وكثيرها والسكر من كل شراب ومعلوم أنه عليه الصلاة والسلام ما أراد به أصل الحرمة لان ذلك لا يفق على السكر في كل شراب دل ان المراد منه الحرمة الكاملة التي لا شبهة فيها كحرمة الخمر وكذا جمع سيدنا علي رضي الله عنه بينهما في الحد فقال فيا أسكر من النبيذ ثمانون وفي الخمر قليلا وكثيرا ثمانون ويجوز بيعها عند أبي حنيفة مع الكراهة وعند أبي يوسف ومحمد لا يجوز أصلا (وجه) قولهما ان محل البيع هو المال وانه اسم لما يباح الانتفاع به حقيقة وشرعا ولم يوجد فلا يكون مالا فلا يجوز بيعها كبيع الخمر (وجه) قول أبي حنيفة رضي الله عنه ان البيع مبادلة شيء مرغوب فيه شيء مرغوب فيه قال الله تبارك وتعالى أولئك الذين اشتروا الضلالة بالهدى فارتبحت تجارتهم وما كانوا مهتدين وقد وجد ههنا لان الاشتراء مرغوب فيها والمال اسم لشيء مرغوب فيه الا ان الخمر مع كونها مرغوبة بافها لا يجوز بيعها بالنص الذي روينا والنص ورد باسم الخمر فيقتصر على مورد النص وعلى هذا الخلاف اذا تلقها انسان يضمن عنده وعندهما لا يضمن (ومنها) حكم نجاستها فقد روى عن أبي حنيفة رضي الله عنه انها لو أصابت الثوب أكثر من قدر الدرهم تمنع جواز الصلاة لانه يحرم شرب قليلها وكثيرها كالخمر فكانت نجاستها غايظة كنجاسة الخمر وروى انها لا تمنع أصلا لان نجاسة الخمر انما تثبت بالشرع بقوله عز شأنه رجس من عمل الشيطان فيختص باسم الخمر وعن أبي يوسف رحمه الله انه اعتبر فيها الكثير القاحش كما في النجاسة الحقيقية لانه وان كانت محرمة الانتفاع لكن حرمتها دون حرمة الخمر حتى لا يكفر مستحلها ولا يحد بشرب القليل منها فوجب ذلك خفة في نجاستها هذا الذي ذكرنا حكم النبي من عصير العنب ونبيذ التمر وتبيع الزبيب (وأما) حكم المطبوخ منها ما عصار العنب اذا طبخ أذنى طبخة وهو الباذق أو ذهب نصفه وبقى النصف وهو المنصف فيحرم شرب قليله وكثيره عند عامة العلماء رضي الله عنهم وروى بشر عن أبي يوسف رحمه الله الاول انه مباح وهو قول حماد بن أبي سليمان ويصح قول العامة لانه اذا ذهب أقل من الثلثين بالطبخ فالحرام فيه بان وهو ما زاد على الثلث والدليل على ان الزائد على الثلث حرام ما روى عن سيدنا عمر رضي الله عنه انه كتب الى عمار بن ياسر رضي الله عنه اني أتيت بشراب من الشام طبخ حتى ذهب ثلثاه وبقى ثلثه يبقى حلاله ويذهب حرامه ويرى جنونه فمن قبله فليتوسعوا من أشربتهم نص على ان الزائد على الثلث حرام وأشار الى أنه ما لم يذهب ثلثاه فالقوة المسكرة فيه قائمة وكان ذلك بحضور من الصحابة الكرام رضي الله عنهم ولم ينقل عنهم خلافه فكان اجماعهم ولا يحد شاربه ما لم يسكر واذا سكر حدولا يكفر مستحل له لما روى ويجوز بيعه عند أبي حنيفة وان كان لا يحل شربه وعندهما لا يحل شربه ولا يجوز بيعه على ما ذكرنا هذا اذا طبخ عصير العنب فأما اذا طبخ العنب كما هو فقد حكى أبو يوسف عن أبي حنيفة رضي الله عنهما ان حكمه حكم العصار لا يحل حتى يذهب ثلثاه

وروى الحسن عن أبي حنيفة رضى الله عنهما ان حكم الزبيب حتى لو طبخ أدنى طبخة يحل بمنزلة الزبيب (وأما المطبوخ من نبيذ التمر وقيع الزبيب أدنى طبخة والمنصف منها فيحل شره ولا يحرم الا السكر منه وهو طاهر يجوز بيعه ويضمن مثله وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف رضى الله عنهما وعن محمد رحمه الله روايتان في رواية لا يحل شره لكن لا يجب الحد الا بالسكر وفي رواية قال لا أحرمه ولكن لا أشرب منه والحجج تذكر في المثلث فأبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله يحتاجان الى الفرق بين المطبوخ أدنى طبخة والمنصف من عصير العنب (وجه) الفرق لهما أن طبخ العصير على هذا الحد وهو أن يذهب أقل من ثلثه لا أثر له في العصر لان بعد الطبخ بقيت فيه قوة الاسكار بنفسه ألا ترى أنه لو ترك يغلي ويشتم من غير أن يخلط بغيره كما كان قبل الطبخ لم يعمل فيه هذا النوع من الطبخ فبقى على حاله بخلاف نبيذ التمر وقيع الزبيب لانه ليس فيه قوة الاسكار بنفسه ألا ترى أنه لو ترك على حاله ولا يخلط به الماء لم يحتمل الغليان أصلا كعصير العنب اذا طبخ حتى ذهب ثلثاه وبقي ثلثه والماء يغلي ويسكر اذا خلط فيه الماء واذ لم يكن مسكرا بنفسه بل بغيره جاز أن يتغير حاله بالطبخ بخلاف العصير على ما ذكرنا والى هذا أشار سيدنا عمر رضى الله عنه فبارونا عنه من قوله يذهب حرامه وريح جنونه يعنى اذا كان يغلي بنفسه من غير صب الماء عليه فقد بقي سلطانا واذ صار بحيث لا يغلي بنفسه بأن طبخ حتى ذهب ثلثاه فقد ذهب سلطانا والله سبحانه وتعالى أعلم هذا اذا وقع الزبيب المدقوق في الماء ثم طبخ تقيعه أدنى طبخة فأما اذا وقع الزبيب كما هو وصفي مأوه ثم طبخ أدنى طبخة فقد روى محمد عن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهم الله أنه لا يحل حتى يذهب بالطبخ ثلثاه ويبقى ثلثه ووجهه ما ذكرنا أن اقاع الزبيب احياء للعنب فلا يحل به عصيره الا بما يحل به عصير العنب وروى عن أبي يوسف رحمه الله أنه يعتبر في ذلك أدنى طبخة لانه زبيب انتفخ بالماء فلا يتغير حكمه والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) المثلث فنقول لا خلاف في أنه ما دام حلوا لا يسكر يحل شره به (وأما) المعتق المسكر فيحل شره به للتداوى واستمرار الطعام والتقوى على الطاعة عند أبي حنيفة وأبي يوسف رضى الله عنهما وروى محمد رحمه الله أنه لا يحل وهو قول الشافعي رحمه الله وأجمعوا على أنه لا يحل شره لله والطرب كذا روى أبو يوسف رحمه الله في الامالى وقال لو أراد أن يشرب المسكر قليلا وكثيره حرام وقعوده لذلك والمشي اليه حرام (وجه) قول محمد والشافعي رحمهما الله ما روى عن سيدتنا عائشة رضى الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ما أسكر كثيره قليلا حرام وروى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال كل مسكر من عصير العنب انما يسمى خمر الكونه مخامر للعقل ومعنى المخامرة يوجد في سائر الاشربة المسكرة وأبو حنيفة وأبو يوسف رضى الله عنهما احتجوا بحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم وأثار الصحابة الكرام رضى الله عنهم (أما) الحديث فما ذكره الطحاوى رحمه الله في شرح الآثار عن عبد الله بن سيدنا عمر رضى الله تعالى عنهما أن النبي عليه الصلاة والسلام أتى بنبيذ فشمه فقطب وجهه لشدته ثم دعا بماء فصبه عليه وشرب منه (وأما) الآثار فمنها ما روى عن سيدنا عمر رضى الله عنه أنه كان يشرب النبيذ الشديد ويقول انالنا نحر الجز وروا أن المعتق منها لا ل عمل ولا يقطعه الا النبيذ الشديد (ومنها) ما روى عنه أنه كتب الى عمار بن ياسر رضى الله عنهما أني أتيت بشارا من الشام طبخ حتى ذهب ثلثاه وبقي ثلثه يبقى حلالا ويذهب حرامه وريح جنونه فمن قبلك فليتوسعوا من أشربتهم نص على الحل ونبه على المعنى وهو زوال الشدة المسكرة بقوله ويذهب ريح جنونه ونذب الى الشرب بقوله فليتوسعوا من أشربتهم (ومنها) ما روى عن سيدنا علي رضى الله تعالى عنه أنه أضاف قوما فسقام مسكر بعضهم فحده فقال الرجل تسقيني ثم تمدني فقال سيدنا علي رضى الله عنه انما أحذك للسكر وروى هذا المذهب عن عبد الله بن عباس وعبد الله بن سيدنا عمر رضى الله تعالى عنهما أنه قال حين سئل عن النبيذ اشرب الواحد والاثنين والثلاثة فاذا خفت السكر فدرع واذا ثبت الا حلال من هؤلاء الكبار من الصحابة الكرام رضى الله تعالى عنهم فالقول بالتحريم يرجع الى تفسيرهم وأنه بدعة ولهذا عدا أبو حنيفة رضى الله عنه اطلاق المثلث من شرائط مذهب السنة والجماعة فقال في

بيانها أن يفضل الشيخين ويحب الختتين وأن يرى المسح على الخفين وأن لا يحرم نبيذ الخمر لما أن في القول بحريمه
تفسيق كبار الصحابة رضي الله تعالى عنهم والكف عن تسييقهم والامساك عن الطعن فيهم من شرائط السنة
والجماعة (وأما) ما ورد من الاخبار ففيها طعن تم بهاتوا ويل ثم قول بموجبها (أما) الطعن فان يحيى بن معين رحمه الله قد
ردها وقال لا تصح عن النبي عليه الصلاة والسلام وهو من ثقله الا حديث فطعنه يوجب جرحاً في الحديثين (وأما)
التأويل فهو أنها محمولة على الشرب للتلهي توفيقاً بين الدلائل صيانة لها عن التناقض (وأما) القول بالموجب فهو أن
المسكر عندنا حرام وهو القدر الاخير لان المسكر ما يحصل به الاسكار وأنه يحصل بالقدر الاخير وهو حرام قليله
وكثيره وهذا قول بموجب الاحاديث ان ثبتت بحمد الله تعالى (وأما) قولهم ان هذه الاشربة خمر لوجود معنى الخمر
فيها وهو صفة مخمرة العقل قلنا اسم الخمر للتي من ماء العنب اذا صار مسكراً حقيقة ولسائر الاشربة مجاز لان معنى
الاسكار والمخمرة فيه كامل وفي غيره من الاشربة ناقص فكان حقيقة له مجازاً لغيره وهذا لا نه لو كان حقيقة لغيره
لكان الامر لا يخلو من أحد وجهين اما أن يكون اسماً مشتركاً واما أن يكون اسماً عاماً لا سبيل الى الاول لان شرط
الاشتراك اختلاف المعنى فالاسم المشترك ما يقع على مسميات مختلفة الحدود والحقائق كاسم العين ونحوها وههنا
ما يختلف ولا سبيل الى الثاني لان من شرط العموم أن تكون افراد العموم متساوية في قبول المعنى الذي وضع له
اللفظ لا متفاوتة ولم يوجد التساوي ههنا واذا لم يكن بطريق الحقيقة تميز أنه بطريق المجاز فلا يتناولها مطلق اسم الخمر
والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) الجمهوري فحكمه حكم المثلث لانه مثلث يرق بصب الماء عليه ثم يطبخ أدنى طبخة للمثلا
يفسد (وأما) الخليطان فحكمهما عند الاجتماع ما هو حكمهما عند الافراد من التي عنهما والطبخ وقذف كونه
وقد روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن شرب التمر والزبيب جميعاً والزهو والرطب جميعاً وهو محمول
على النبيء والسكر منه والله عز وجل أعلم وروى أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن نبيذ البسر والتمر والزبيب جميعاً
ولو طبخ أحدهما ثم صب قدح من التيء فيه أفسده سواء كان من جنسه أو خلاف جنسه لانه اجتمع الحلال
والحرام فيغلب الحرام الحلال ولو خلط العصير بالماء فان ترك حتى اشتد لاشك أنه لا يحل وان طبخ حتى ذهب
ثلثاه ففيه نظر ان كان الماء هو الذي يذهب أولاً بالطبخ يطبخ حتى يذهب قدر الماء ثم يطبخ العصير حتى يذهب ثلثاه
فيحل وان كان الماء والعصير يذهبان معاً بالطبخ حتى يذهب ثلثا الجملة فلا يحل والله عز وجل أعلم (وأما) المزروعة
والبتع وما يتخذ من السكر والتين ونحو ذلك فيحل شر به عند أبي حنيفة رضي الله عنه قليلاً كان أو كثيراً مطبوخاً
كان أو نيئاً ولا يحذر شار به وان سكر وروى عن محمد رحمه الله أنه حرام بناء على أصله وهو أن ما أسكر كثيره قليله
حرام كالمثلث وقال أبو يوسف رحمه الله ما كان من هذه الاشربة يبقى بعد ما يبلغ عشرة أيام ولا يفسد فاني أكرهه
وكذا روى عن محمد ثم رجع أبو يوسف عن ذلك الى قول أبي حنيفة رضي الله عنه (وجه) قول أبي يوسف الاول
ان بقاءه وعدم فساده بعد هذه المدة دليل شدة تدهنه دليل حرمة (وجه) قول أبي حنيفة رحمه الله ان الحرمة
متعلقة بالخمر لا تثبت الا بشدة والشدة لا توجد في هذه الاشربة فلا تثبت الحرمة والدليل على انعدام الخمرية أيضاً
ما روي عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال الخمر من هاتين الشجرتين ذكر عليه الصلاة والسلام الخمر بلام
الجنس فاقضى اقتضار الخمرية على ما يتخذ من الشجرتين وانما لا يجب الحد وان سكر منه لا نه سكر حصل بتناول
شيء مباح وأنه لا يوجب الحد كالسكر الحاصل من تناول البنج والخمر في بعض البلاد بخلاف ما اذا سكر شرب المثلث
أنه يجب الحد لان السكر هناك حصل بتناول المخطور وهو القدر الاخير (وأما) ظروف الاشربة المحرمة فيباح
الشرب منها اذا غسلت الاخرى الجديد الذي يتشرب فيها على الاختلاف الذي عرف في كتاب الصلاة والاصل
فيه قول النبي عليه الصلاة والسلام اني كنت نهيتكم عن الشرب في الدباء والحتم والمزفت الا فاشربوا في كل ظرف
فان الظروف لا تحل شيئاً ولا تحرمه (وأما) بيان حد السكر الذي يتعلق به وجوب الحد فقد اختلف في حده قال

أبو حنيفة رضي الله عنه السكران الذي يحدو الذي لا يعقل قليلاً ولا كثيراً ولا يعقل الأرض من السماء والرجل من المرأة وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى ومحمد رحمه الله السكران هو الذي يغلب على كلامه الهذيان وروى عن أبي يوسف أنه يمتحن بقل يأبها الكافرون فيستقر أفان لم يقدر على قراءتها فهو سكران لما روي أن رجلاً صنع طعاماً فدعى سيدنا أبا بكر وسيدنا عمر وسيدنا عثمان وسيدنا علياً وسيدنا سعد بن أبي وقاص رضي الله تعالى عنهم فأكلوا وسفاهم خمر أو كان قبل تحريره الخ فحضرتهم صلاة المغرب فأمرهم واحد منهم ققرأ قل يا أيها الكافرون على طرح لا أعبد ما تعبدون فنزل قوله تبارك وتعالى يا أيها الذين آمنوا لا تقر بوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون وهذا الامتحان غير سديد لأن من السكران من لم يتعلم هذه السورة من القرآن أصلاً ومن تعلم فقد يتعذر عليه قراءتها في حالة الصحو خصوصاً من لا اعتناء له بأمر القرآن فكيف في حالة السكر وقال الشافعي رحمه الله إذا شرب حتى ظهر أثره في مشيه وأطرافه وحركاته فهو سكران وهذا أيضاً غير سديد لأن هذا أمر لا نبات له لأنه يختلف باختلاف أحوال الناس منهم من يظهر ذلك منه بأدنى شيء ومنهم من لا يظهر فيه وإن بلغ به السكر غاية (وجه) قولهما شهادة العرف والعادة فان السكران في متعارف الناس اسم لمن هذى واليه أشار سيدنا علي رضي الله عنه بقوله إذا سكر هذى وإذا هذى افتري وحد المقتري ثمانون وأبو حنيفة عليه الرحمة يسلم ذلك في الجملة فيقول أصل السكر يعرف بذلك لكنه اعتبر في باب الحدود ما هو الغاية في الباب احتيالا للدرء المأمور به بقوله صلى الله عليه وسلم ادروا الحدود ما استطعتم ولا يعرف بلوغ السكر غايته إلا بما ذكر والله عز وجل أعلم

« - - - »

كتاب الاستحسان

وقد يسمى كتاب الحظر والاباحة وقد يسمى كتاب الكراهة والكلام في هذا الكتاب في الأصل في موضعين في بيان معنى اسم الكتاب وفي بيان أنواع المحظورات والمباحات المجموعة فيه (أما) الأول فلا استحسان يذكر ويراد به كون الشيء على صفة الحسن ويذكر ويراد به فعل المستحسن وهو رتبة الشيء حسناً يقال استحسننت كذا أي رأيته حسناً فاحتمل تخصيص هذا الكتاب بالتسمية بالاستحسان لاختصاص عامة ما أورد فيه من الأحكام بحسن ليس في غيرها ولكونها على وجه يستحسنها العقل والشرع (وأما) التسمية بالحظر والاباحة فتسمية طابقت معناها ووافقت مقتضاها لاختصاصه ببيان جملة من المحظورات والمباحات وكذا التسمية بالكراهة لأن الغالب فيه بيان المحرمات وكل محرم مكر وفي الشرع لأن الكراهة ضد المحبة والرضا قال الله تبارك وتعالى وعسى أن تكرهوا شيئاً وهو خير لكم وعسى أن تحبوا شيئاً وهو شر لكم والشرع لا يحب الحرام ولا يرضى به إلا أن ماتت حرمة دليل مقطوع به من نص الكتاب العزيز أو غير ذلك فعادة محمد أنه يسميه حراماً على الإطلاق وماتت حرمة دليل غير مقطوع به من أخبار الآحاد وأقوال الصحابة الكرام رضي الله عنهم وغير ذلك يسميه مكرها وربما يجمع بينهما فيقول حرام مكره أو أشعاراً منه أن حرمة ثبتت بدليل ظاهر لا بدليل قاطع (وأما) بيان أنواع المحرمات والمحلات المجموعة فيه فنقول وبالله تعالى التوفيق المحرمات المجموعة في هذا الكتاب في الأصل نوعان نوع ثبتت حرمة في حق الرجال والنساء جميعاً ونوع ثبتت حرمة في حق الرجال دون النساء (أما) الذي ثبتت حرمة في حق الرجال والنساء جميعاً فبعضها مذكور في مواضعه في الكتب فلا نعيده ونذكر ما لا ذكره في الكتب ونبدأ بما بدأ به محمد رحمه الله الكتاب وهو حرمة النظر والمس والكلام فيها في ثلاث مواضع أحدها في بيان ما يحل من ذلك ويحرم للرجل من المرأة والمرأة من الرجل والثاني في بيان ما يحل ويحرم للرجل من الرجل والثالث في بيان ما يحل ويحرم للمرأة من المرأة (أما) الأول فلا يمكن الوصول إلى معرفته إلا بعد معرفة أنواع النساء فنقول وبالله تعالى التوفيق النساء في هذا الباب سبعة أنواع نوع منهن المنكوحات ونوع منهن المملوكات ونوع منهن ذوات الرحم المحرم وهو

وهو الرحم المحرم للنكاح كالأم والبنت والعمة والخالة ونوع منهن ذوات الرحم بلا حرم وهن المحارم من جهة الرضاع والمصاهرة ونوع منهن مملوكات الاغيار ونوع منهن من لا رحم لهن أصلاً ولا حرم وهن الاجنبيات الحرائر ونوع منهن ذوات الرحم بلا حرم وهو الرحم الذي لا يحرم النكاح كبنت العم والعمة والخال والخالة (أما) النوع الاول وهو المنكوحات فيحل للزوج النظر الى زوجته ومساهمة رأسها الى قدمها لا نه يحل له وطؤها لقوله تعالى والذين هم لقروجهم حافظون الا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فانهم غير ملومين وانه فوق النظر والمس فكان احلالاً لهما من طريق الاولى الا أنه لا يحل له وطؤها في حالة الحيض لقوله تبارك وتعالى ويستلوثونك عن الحيض قل هو اذى فاعتزلوا النساء في الحيض ولا تقربوهن حتى يطهرن فصارت حالة الحيض مخصوصة عن عموم النص الذي تلونا وهل يحل الاستمتاع بها فيادون الفرج اختلف فيه قال أبو حنيفة وأبو يوسف رضى الله عنهما لا يحل الاستمتاع بما فوق الازار وقال محمد بن رحمه الله يجتنب شعار الدم وله ما سوى ذلك واختلف المشايخ في تفسير قولهما بما فوق الازار قال بعضهم المراد منه ما فوق السرة فيحل الاستمتاع بما فوق سرتها ولا يباح بما تحتها الى الركبة وقال بعضهم المراد منه مع الازار فيحل الاستمتاع بما تحت سرتها ما سوى الفرج لكن مع المزور لا مكشوفاً ويمكن العمل بعموم قولهما بما فوق الازار لانه يتناول ما فوق السرة وما تحتها ما سوى الفرج مع المزور اذ كل ذلك فوق الازار فيكون عملاً بعموم اللفظ والله سبحانه وتعالى أعلم (وجه) قول محمد ظاهر قوله تبارك وتعالى ويستلوثونك عن الحيض قل هو اذى جعل الحيض اذى فتختص الحرمة بموضع الاذى وقدر وى أن سيدتنا عائشة رضى الله عنها سئلت عما يحل للرجل من امراته الحائض فقالت يتقى شعار الدم وله ما سوى ذلك (وجه) قولهما ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لنا مات تحت السرة وله ما فوقها وروى ان أزواج النبي عليه الصلاة والسلام كن اذا حضن أمرهن أن يترن ثم يضاجعن ولان الاستمتاع بها بما يقرب من الفرج سبب الوقوع في الحرام قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الا ان لكل ملك حمى وان حمى الله محارمه فمن حام حول الحمى يوشك أن يقع فيه وفي رواية من رتع حول الحمى يوشك أن يقع فيه والمستمتع بالخذ يحوط حول الحمى ويرتع حوله فيوشك أن يقع فيه دل ان الاستمتاع به سبب الوقوع في الحرام وسبب الحرام حرام أصله الخلوة بالاجنبية (وأما) الآية الكريمة فجحة عليه لان ما حول الفرج لا يخلو عن الاذى عادة فكان الاستمتاع به استعمال الاذى وقول سيدتنا عائشة رضى الله عنها له ما سوى ذلك أى مع الازار حمل على هذا توفيقاً بين الدلائل صيانة لها عن التناقض وكذلك المرأة يحل لها النظر الى زوجها واللمس من فرقه الى قدمه لانه حل لهما ما هو أكثر من ذلك وهو التمسك من الوطء فهذا أولى ويحل النظر الى عين فرج المرأة المنكوحة لان الاستمتاع به حلال فالنظر اليه أولى الا أن الادب غض البصر عنه من الجانبين لما روى عن سيدتنا عائشة رضى الله عنها انها قالت قبض رسول الله صلى الله عليه وسلم وما نظرت الى مامنه ولا نظرت الى مامنى ولا يحل اتيان الزوجة في دبرها لان الله تعالى عز شأنه نهى عن قربان الحائض ونهى عن المعنى وهو كون الحيض اذى والاذى في ذلك المحل أخفش وأدم فكان أولى بالتحريم وروى عن سيدنا علي رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من أتى حائضاً أو امرأة في دبرها أو أتى كاهناً فصدقه فيما يقول فهو كافر بما أنزل على محمد صلى الله عليه وسلم نهى عن اتيان النساء في محاشهن أى أدبارهن وعلى ذلك جاءت الآثار من الصحابة الكرام رضى الله تعالى عنهم انها سميت اللوطية الصنرى ولان حل الاستمتاع في الدنيا لا يثبت لحق قضاء الشهوات خاصة لان لقضاء الشهوات خاصة داراً أخرى وانما يثبت لحق قضاء الحاجات وهي حاجة بقاء النسل الى انقضاء الدنيا الا أنه ركبت الشهوات في البشر لبعث على قضاء الحاجات وحاجة النسل لا تحتمل الوقوع في الادبار فلو ثبت الحل لثبت لحق قضاء الشهوة خاصة والدنيا لا تخلو له (وأما) النوع الثانى وهن المملوكات فحكهن حكم المنكوحات فيحل للمولى النظر الى سائر بدن جاريته ومساهمة رأسها الى قدمها لانه حصل له ما هو أكثر منه لقوله عز وجل أو ما ملكت أيمانكم الآية الا أن حالة الحيض صارت

مخصوصة فلا يقر بها في حالة الحيض ولا يأتي في دبرها لما ذكرنا من الدلائل وفي الاستمتاع بها فيما دون الفرج على الاختلاف وكذا اذا ملكتها سائر أسباب الملك لا يحل له أن يقر بها قبل أن يستبرأها والاصل فيه ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال في سبائك أوطاس الا لا توطأ الحبالى حتى يضمن ولا الحبالى حتى يستبرأ بحضة ولا ن فيه خوف اختلاط المياه وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقين ماءه زرع غيره وكذا فيه وهم ظهور الحبل بها فيدعيه ويستحقها فيبتين انه يستمتع بملك الغير (وأما) الدواعى من القبلة والمعلقة والنظر الى الفرج عن شهوة فلا يحل عند عامة العلماء الا في المسبية وقال مكحول رحمه الله يحل (وجه) قوله أن الملك في الاصل مطلق التصرف ولهذا لم تحرم الدواعى في المسبية ولا على الصائم فكان ينبغي أن لا يحرم القربان أيضا إلا أن الحرمة عرفناها بالنص فتقتصر الحرمة على مورد النص على أن النص ان كان معلولا بخوف اختلاط المياه فهذا معنى لا يحتتمل التعدية الى الدواعى فلا يتعدى اليها (وجه) قول العامة ان حرمة القربان انما تثبت خوفا من توه العلق وظهور الحبل وعند الدعوة والاستحقاق يظهر ان الاستمتاع صادف ملك الغير وهذا المعنى موجود في الدواعى من المستبرأة ونحوها فيتعدى اليها ولا يتعدى في المسبية فيقتصر الحكم فيها على مورد النص ولان الاستمتاع بالدواعى وسيلة الى القربان والوسيلة الى الحرام حرام أصله الخلوته وهذا أولى لان الخلوته في التوصل الى الحرام دون المس فكان تجريمها تجرима للمس بطريق الأولى كما في تجريم التأفيف من الضرب والشتم ومن اعتمد على هذه النكتة منع فضل المسبية وزعم أن لنص فيها عن أمحبا وهو غير سديد فان حل الدواعى من المسبية منصوص عليه من محمد رحمه الله فلا يستقيم المنع فكان الصحيح هو العلة الأولى وحرمة الدواعى في باب الظهار والاحرام ثبت لمعنى آخر ذكرناه في كتاب الحج والظهار (وأما) النوع الثالث وهو ذات الرحم المحرم فيحل للرجل النظر من ذوات محارمه الى رأسها وشعرها وأذنها وصدرها وعضدها وندبها وساقها وقدمها لقوله تبارك وتعالى ولا يبدن زينةهن الالبعوثهن أو آباءهن الآية نهان سبكانه وتعالى عن ابداء الزينة مطلقا واستثنى سبكانه ابداءها للذكورين في الآية الكريمة منهم ذوات الرحم المحرم والاستثناء من الحظر اباحة في الظاهر والزينة نوعان ظاهرة وهو الكحل في العين والخاتم في الاصبع والفتحة للرجل وباطنة وهو العصابة للرأس والعقاص للشعر والقرط للأذن والحائل للصدر والدملج للمضد والخلخال للساق والمراد من الزينة مواضعها لا نفسها لان ابداء نفس الزينة ليس بمنهى وقد ذكر سبكانه وتعالى الزينة مطلقة فيتناول النوعين جميعا فيحل النظر اليها بظاهر النص ولان المخالطة بين المحارم للزينة وغيرها ثابتة عادة فلا يمكن صيانة مواضع الزينة عن الكشف الا بمرج وانه مدفوع شرعا وكل ما جاز النظر اليه منهن من غير حائل جازمه لان المحرم يحتاج الى اركانها وانزالها في المسافرة معها وتتعد صيانة هذه المواضع عن الانكشاف فيتعد على المحرم الصيانة عن مس المكشوف ولان حرمة النظر الى هذه المواضع ومساهمة الاجنبيات انما تثبت خوفا من حصول الشهوة الداعية الى الجماع والنظر الى هذه الاعضاء ومساهمة ذوات المحارم لا يورث الشهوة لانها لا يكونان للشهوة عادة بل للشفقة ولهذا جرت العادة فيما بين الناس بتقبيل أمهاتهم وبناتهم وقد روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان اذا قدم من الغزو وقبل رأس السيدة فاطمة رضى الله عنها وهذا اذا لم يكن النظر والمس عن شهوة ولا غلب على ظنه انه لا يشتهى فاما اذا كان يشتهى أو كان غالب ظنه وأكبر رأيه انه لو نظر أو مس اشتهى لم يحجزه النظر والمس لانه يكون سببا للوقوع في الحرام فيكون حراما ولا بأس أن يسافر بها اذا أمن الشهوة لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تسافر ثلاثا فافوقها الا ومعها زوجها أو ذو رحم محرم منها ولان الذى يحتاج المحرم اليه في السفر مسها في الحمل والانزال ويحل له مسها فتحل المسافرة معها وكذا لا بأس أن يخلو بها اذا أمن على نفسه لانه لما حل المس فالخلوة أولى فان خاف على نفسه لم يفعل لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم

انه قال لا يخلون الرجل بغيبة وان قبل حموها الا هوها الموت وهو محمول على حالة الخوف أو يكون نهى نذب وتزييه
والله سبحانه وتعالى أعلم ولا يحل النظر الى بطنها وظهرها والى ما بين السرة والركبة منها ومسها لعموم قوله تبارك
وتعالى قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم الآية الا انه سبحانه وتعالى رخص النظر للمحارم الى مواضع الزينة
الظاهرة والباطنة بقوله عز شأنه ولا يبدن زينتهن الا لبعوثهن أو آبائهن الآية فبقى غض البصر عما وراءها ما موراً
به واذا لم يحل النظر فليس أولى لانه أقوى ولان رخصة النظر الى مواضع الزينة للحاجة التي ذكرناها ولا حاجة الى
النظر الى ما وراءها فكان النظر اليها بحق الشهوة وانه حرام ولان الله تبارك وتعالى جعل الظهار منكر من القول
وزوراً والظهار ليس التشبيه المنكوحه بظهر الام في حق الحرمة ولو لم يكن ظهر الام حرام للنظر والمس لم يكن
الظهار منكر من القول وزوراً فيؤدى الى الخلف في خبر من يستحيل عليه الخلف هذا اذا كانت هذه الاعضاء
مكشوفة فاما اذا كانت مستورة بالثياب واحتاج ذوالرحم المحرم الى اركانها وانزاعها فلا بأس بان يأخذ بطنها وظهرها
أو فخذها من وراء الثوب اذا كان يأمن على نفسه لما ذكرنا من ذوات الرحم المحرم لا يورث الشهوة عادة
خصوصاً من وراء الثوب حتى لو خاف الشهوة في المس لا يمسسه وليجنب ما استطاع وكل ما يحل للرجل من ذوات
الرحم المحرم منه من النظر والمس يحل للمرأة ذلك من ذي رحم محرم منها وكل ما يحرم عليه محرم عليها والله عز وجل
أعلم (وأما) النوع الرابع وهو ذوات المحرم بالارحم فحكمهن حكم ذوات الرحم المحرم وقد ذكرناه والاصل فيه قول
النبي عليه الصلاة والسلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب وروى ان أفلح بن أبي القيس رحمه الله استأذن
أن يدخل على سيدتنا عائشة رضي الله تعالى عنها فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال عليه الصلاة
والسلام ليحل عليك فانه عمك أرضعتك امرأة أخيه (وأما) النوع الخامس وهو مملوكات الاغيار فحكمهن أيضاً
في حل النظر والمس وحرمتها حكم ذوات الرحم المحرم فيحل النظر الى مواضع الزينة منهن ومسها ولا يحل ما سوى
ذلك والاصل فيه ما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم مس ناصية أمة ودعا لها بالبركة وروى ان سيدنا عمر
رضي الله تعالى عنه رأى أمة متقنة فعلاها بالدرة وقال ألقى عنك الخمار يا دقاراً تشبهين بالحرائر فدل على حل النظر الى
رأسها وشعرها وأذنها وروى عن سيدنا عمر رضي الله تعالى عنه انه مر بجارية تعرض على البيع فضرب بيده على
صدرها وقال اشتروا ولو كان حراماً لم يتوهم منه رضي الله عنه أن يمسها ولان بالناس حاجة الى النظر الى هذه المواضع
ومسها عند البيع والشراء لمعرفة بشرتها من اللين والخشونة ونحو ذلك لا اختلاف قيمتها باختلاف أطرافها فالحقت
بذوات الرحم المحرم دفعا لخرج عن الناس ولهذا يحل بهن المسافرة بلا محرم ولا حاجة الى المس والنظر الى غيرها لانها
تصير معلومة بالنظر الى الاطراف ومسها وهذا اذا أمن على نفسه الشهوة فان لم يأمن وخاف على نفسه أن يشتهى لو نظر
أو مس فلا بأس أن ينظر اليها وان اشتبهى اذا أراد أن يشتريها فلا بد له من النظر لما قلنا فيحتاج الى النظر فصار النظر
من المشتري بمنزلة النظر من الحاكم والشاهد والمتروج فلا بأس بذلك وان كان عن شهوة فكذا هذا وكذا لا بأس
له أن يمس وان اشتبهى اذا أراد أن يشتريها عند أبي حنيفة رضي الله عنه وروى عن محمد رحمه الله انه يكره للشباب مس
شي من الامة والصحيح قول أبي حنيفة رضي الله عنه لان المشتري يحتاج الى العلم ببشرتها ولا يحصل ذلك الا باللمس
فرخص للضرورة وكذا يحل للامة النظر والمس من الرجل الاجنبي ما فوق السرة ودون الركبة الا ان تخاف
الشهوة فيجتنب كالرجل وكل جواب عرفته في القنة فهو الجواب في المدبرة وأم الولد لقيام الرق فيها (وأما) النوع
السادس وهو الاجنبيات الحرائر فلا يحل النظر للاجنبي من الاجنبية الحرة الى سائر بدنهما الا الوجه والكفين
لقوله تبارك وتعالى قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم الا ان النظر الى مواضع الزينة الظاهرة وهي الوجه والكفان
رخص بقوله تعالى ولا يبدن زينتهن الا ما ظهر منها والمراد من الزينة مواضعها ومواقع الزينة الظاهرة الوجه
والكفان فالحل زينة الوجه والخاتم زينة الكف ولانها تحتاج الى البيع والشراء والاخذ والعطاء ولا يمكنها

ذلك عادة الا بكشف الوجه والكفين فيحل لها الكشف وهذا قول أبي حنيفة رضى الله عنه وروى الحسن عن
أبي حنيفة رحمهما الله انه يحل النظر الى القدمين أيضاً (وجه) هذه الرواية ما روى عن سيدتنا عائشة رضى الله تعالى عنها
في قوله تبارك وتعالى الا ما ظهر منها القلب والفتحة وهي خاتم أصبع الرجل فدل على جواز النظر الى القدمين ولان
الله تعالى نهى عن ابداء الزينة واستثنى ما ظهر منها والقدمان ظاهران ألا ترى انهما يظهران عند المشي فكانا من
جملة المستثنى من الحظر فيباح ابداءهما (وجه) ظاهر الرواية ما روى عن عبد الله بن عباس رضى الله عنهما انه قال في
قوله جل شأنه الا ما ظهر منها انه الكحل والخاتم وروى عنه في رواية أخرى انه قال الكف والوجه فيبقى ما وراء
المستثنى على ظاهر النهي ولان اباحة النظر الى وجهه الاجنبية وكفها للحاجة الى كشفها في الاخذ والعتاء ولا حاجة
الى كشف القدمين فلا يباح النظر اليهما ثم انما يحل النظر الى مواضع الزينة الظاهرة منها من غير شهوة فاما عن شهوة
فلا يحل لقوله عليه الصلاة والسلام العينان تزنيان وليس زنا العينين الا النظر عن شهوة ولان النظر عن شهوة سبب
الوقوع في الحرام فيكون حراما الا في حالة الضرورة بان دعى الى شهادة أو كان حاكما فأراد أن ينظر اليها ليجزأ قرارها
عليها فلا بأس أن ينظر الى وجهها وان كان لو نظر اليها لاشتبهى أو كان أكبر رأيه ذلك لان الحرمات قد يسقط
اعتبارها المكان الضرورة ألا ترى انه خص النظر الى عين الفرج لمن قصد إقامة حسبة الشهادة على الزنا ومعلوم ان
النظر الى الفرج في الحرمة فوق النظر الى الوجه ومع ذلك سقطت حرمة مكان الضرورة فهذا أولى وكذا اذا أراد
أن يزوج امرأة فلا بأس أن ينظر الى وجهها وان كان عن شهوة لان النكاح بعد تقديم النظر أدل على الالفة
والموافقة الداعية الى تحصيل المقاصد على ما قال النبي عليه الصلاة والسلام للمغيرة بن شعبة رضى الله عنه حين أراد
أن يزوج امرأة اذهب فانظر اليها فانه أخرى أن يدوم بينكما دعاه عليه الصلاة والسلام الى النظر مطلقا وعلل
عليه الصلاة والسلام بكونه وسيلة الى اللفة والموافقة (وأما) المرأة فلا يحل لها النظر من الرجل الاجنبي ما بين السرة
الى الركبة ولا بأس أن تنظر الى ما سوى ذلك اذا كانت تأمن على نفسها والا فضل للشباب غض البصر عن وجه
الاجنبية وكذا الشابة لما فيه من خوف حدوث الشهوة والوقوع في الفتنة يؤيده المروي عن عبد الله بن مسعود رضى
الله عنهما انه قال في قوله تبارك وتعالى الا ما ظهر منها انه الرداء والثياب فكان غض البصر وترك النظر أزكى وأطهر
وذلك قوله عز وجل قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم ويحفظوا فروجهم وجههم ذلك أزكى لهم وروى ان أعميين دخلا على
رسول الله صلى الله عليه وسلم وعنده بعض أزواجه سيدتنا عائشة رضى الله تعالى عنها وأخرى فقال لهما قوموا فقالتا
انهما أعميان يا رسول الله فقال لهما اعميا وان انما الا اذا لم يكونا من أهل الشهوة بان كانا شيخين كبيرين لعدم احتمال
حدوث الشهوة فيهما والعبد في نظر الى مولاه كالحُر الذي لا قرابة بينه وبينها سواء وكذا الفحل والخصي والعين
والخنث اذا بلغ مبلغ الرجال سواء لعدم قوله تبارك وتعالى قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم واطلاق قوله عز شأنه
ولا يبدن زينتهن الا ما ظهر منها ولا الرق والخصاء لا يعدمان الشهوة وكذا العنة والخنثوة (أما) الرق فظاهر (وأما)
الخصاء فان الخصي رجل الا أنه مثل به الى هذا أشارت سيدتنا عائشة رضى الله عنها فقالت انه رجل مثل به افتحل له
المثلة ما حرم الله تبارك وتعالى على غيره (وأما) العنة والخنثوة فالعين والخنث رجلان فان قيل اليس ان المملوك يملك
اليمين للمرأة مستثنى من قوله جل وعلا ولا يبدن زينتهن الالبعضاتهن الى قوله عز شأنه الا ما ملكت أيمانهن من غير
فصل بين العبد والامة والاستثناء من الحظر اباحة للجواب ان قوله سبحانه وتعالى الا ما ملكت أيمانهن ينصرف الى
الاماء لان حكم العبيد صار معلوما بقوله سبحانه وتعالى أو التابعين غير أولى الاربعة من الرجال اذا عبد من جملة التابعين
من الرجال فكان قوله عز شأنه الا ما ملكت أيمانهن مصر وفا الى الاماء لئلا يؤدي الى التكرار فان قيل حكم الاماء
صار معلوما بقوله تبارك وتعالى أو التابعين فالصرف اليهن يؤدي الى التكرار أيضا فالجواب ان المراد بالنساء الحرائر
فوقعت الحاجة الى تعريف حكم الاماء فبان بقوله جل شأنه أو ما ملكت أيمانهن ان حكم الحر والامة فيه سواء

وروى عن سيدتنا عائشة رضي الله عنها أنها قالت كان يدخل على نساء رسول الله صلى الله عليه وسلم مخنث فكانوا يعدونه من غير أولى الأربعة فدخل رسول الله صلى الله عليه وسلم ذات يوم وهو يمت امرأة فقال لا أرى هذا يعلم ما هنا لا يدخل عليكم فحجبه وكذا روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم دخل على أم سلمة رضي الله عنها وعندها مخنث فاقبل على أخي أم سلمة فقال يا عبد الله انفتح الله عليكم غدا الطائف دللتك على بنت غيلان فانهت قبل بأربع وتدبر ثمان فقال عليه الصلاة والسلام لا أرى يعرف هذا ما هنا لا يدخل عليكم هذا إذا بلغ الأجنبي مبلغ الرجال فان كان صغيرا لم يظهر على عورات النساء ولا يعرف العورة من غير المورة فلا بأس من إبداء الزينة لهم لقوله جل وعلا والطفل الذين لم يظهروا على عورات النساء مستثنى من قوله عز شأنه ولا يبدين زينتهن إلا لمن ذكر والطفل في اللغة الصبي ما بين أن يولد إلى يحتلم وأما الذي يعرف التمييز بين العورة وغيرها وقرب من الحلم فلا ينبغي لها أن تبدى زينتها ألا ترى أن مثل هذا الصبي أمر بالاستئذان في بعض الأوقات بقوله تبارك وتعالى والذين لم يلغوا الحلم منكم ثلاث مرات إلا إذا لم يكونا من أهل الشهوة بأن كانا شيخين كبيرين لعدم احتمال حدوث الشهوة فيهما وروى أن أعميين دخلا على سيدنا رسول الله صلى الله عليه وسلم وعنده بعض أزواجه سيدتنا عائشة وأخرى فقال لهما قوما فقالا لهما أعميان يا رسول الله فقال أعميا وإننا هذا حكم النظر إلى الوجه والكفين وأما حكم مس هذين العضوين فلا يحل مسهما لأن حل النظر للضرورة إلى المس مع ما أن المس في بحث الشهوة وتحريكها فوق النظر وإباحة أدنى الفعلين لا يدل على إباحة أعلاهما هذا إذا كان شابين فان كانا شيخين كبيرين فلا بأس بالمصافحة لخر وج المصافحة منهما من أن تكون موروثة للشهوة لا لعدم الشهوة وقدر روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يصافح العجائز ثم انما يحرم النظر من الأجنبية إلى سائر أعضائها سوى الوجه والكفين أو القدمين أيضا على اختلاف الروايتين إذا كانت مكشوفة فاما إذا كانت مستورة بالثوب فان كان ثوبا صفيقا لا يلتصق ببدنها فلا بأس أن يتأملها ويتأمل جسدها لأن المنظور إليه الثوب دون البدن وإن كان ثوبا رقيقا يصف ماتحته ويشف أو كان صفيقا لكنه يلتصق ببدنها حتى يستبين له جسدها فلا يحل له النظر لأنه إذا استبان جسدها كانت كاسية صورة عارية حقيقة وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم لعن الله الكاسيات العاريات وروى عن سيدتنا عائشة رضي الله عنها أنها قالت دخلت على أختي السيدة أسماء وعليها ثياب شامية رفاق وهي اليوم عندكم صفاق فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم هذه ثياب تجمها سورة النور فامر بها فخرجت فقلت يا رسول الله زارتني أختي فقلت لها ما قلت فقال يا عائشة ان المرأة إذا حاضت لا ينبغي أن يرى منها إلا وجهها وكفها فان ثبت هذا من النبي عليه الصلاة والسلام كان تفسيره لقوله عز وجل لا ما ظهر منها فدل على محبة ظاهر الرواية أن الحرة لا يحل النظر منها إلا إلى وجهها وكفيها والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) النوع السابع وهو ذوات الرحم بلا حرم فحكمهن حكم الأجنبية الحرة لعموم الأمر بنقض البصر والنهي عن إبداء زينتهن إلا المذكورين في محل الاستثناء وذوات الرحم بلا حرم غير المذكورين المستثنى فبقيت منية عن إبداء الزينة له والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) الثاني وهو ما يحل من ذلك ويحرم للرجل من الرجل فنقول وبالله التوفيق يحل للرجل أن ينظر من الرجل الأجنبي إلى سائر جسده إلا ما بين السرة والركبة إلا عند الضرورة فلا بأس أن ينظر الرجل من الرجل إلى موضع الختان ليختنه ويداويه بعد الختان وكذا إذا كان بموضع العورة من الرجل قرح أو جرح أو وقعت الحاجة إلى مداواة الرجل ولا ينظر إلى الركبة ولا بأس بالنظر إلى السرة فالركبة عورة والسرة ليست بعورة عندنا وعند الشافعي على العكس من ذلك والصحيح قولنا لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال ماتحت السرة عورة والركبة ماتحتها فكانت عورة إلا أن ماتحت الركبة صار مخصوصا بقيت الركبة تحت العموم ولأن الركبة عضو مركب من عظم الساق والفخذ على وجهه يعتد بغيره والفخذ من العورة والساق ليس من العورة فعند الاشتباه يجب العمل بالاحتياط وذلك فيما قلنا بخلاف السرة لأنه اسم لموضع

الثالث

الثالث فان شاء اذنوا وان شاء اذنوا فاذا استأذن ثلاث مرات ولم يؤذن له ينبغي أن يرجع ولا يقعد على الباب لينتظر لأن للناس حاجات وأشغال في المنازل فلو قعد على الباب وانتظر لضاق ذرعهم وشغل قلوبهم ولمعل لا تلتئم حاجاتهم فكان الرجوع خيرا له من القعود وذلك قوله تعالى هو أركب لكم هذا اذا كان الدخول للزيارة ونحوها فأما اذا كان الدخول لتغيير المنكر بأن سمع في دار صوت المزمار والمعارف فليدخل عليهم بغير اذنهم لأن تغيير المنكر فرض فلو شرط الاذن لتعذر التغيير والله سبحانه وتعالى أعلم وان كان من محارمه فلا يدخل بغير استئذان أيضا وان كان يجوز له النظر الى مواضع الزينة الظاهرة والباطنة لعموم النص الذي تلونا ولودخل عليها من غير استئذان فربما كانت مكشوفة العورة فيقع بصره عليها فيكرهان ذلك وهكذا روى أن رجلا سأل النبي عليه الصلاة والسلام وقال أنا أخدم أُمِّي وأفرشها إلى أستاذن عليها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم نعم فسأله ثلاثا فقال عليه الصلاة والسلام يسرك أن تراها عريانة فقال لا قال استأذن عليها وكذا روى عن حذيفة رضي الله عنه أن رجلا سألها فقال أستاذن على أختي فقال رضي الله عنه ان لم تستأذن رأيت ما يسوءك الا أن امر في الاستئذان على المحارم أيسر وأسهل لأن المحرم مطلق النظر الى موضع الزينة منها شرعا هذا الذي ذكرنا حكم الاحرار باللبين (وأما) حكم المماليك والصبيان أما المملوك فيدخل في بيت سيده من غير استئذان الا في ثلاثة أوقات قبل صلاة الفجر وعند الظهر و بعد صلاة العشاء الآخرة لقوله تبارك وتعالى يا أيها الذين آمنوا ليستأذنكم الذين ملكت أيمانكم والذين لم يبلغوا الحلم الى قوله تعالى ليس عليكم ولا عليهم جناح بعدهن طوافون عليكم بعضكم على بعض ولان هذه أوقات التجرد وظهور العورة في العادة (أما) قبل صلاة الفجر فوقت الخروج من ثياب النوم ووقت الظهر وقت وضع الثياب للقبولة وأما بعد صلاة العشاء فوقت وضع ثياب النهار للنوم ولا كذلك بعد هذه الاوقات الثلاث لأن العورات بعدها تكون مستورة عادة والعبد والامة في ذلك سواء وسواء كان المملوك صغيرا أو كبيرا بعد أن كان يعرف العورة من غير العورة لأن هذه أوقات غرة وساعات غفلة فربما يكون على حالة يكره أن يراه أحد عليها وهذا المعنى يستوى فيه الذكور والانثى والكبير والصغير بعد أن يكون من أهل التمييز ويكون الخطاب في الصغار للسادات بالتعليم والتأديب كما في الآباء مع الابناء الصغار (وأما) الصبيان فان كان الصغير ممن لا يميز بين العورة وغيرها فيدخل في الاوقات كلها وان كان من أهل التمييز بأن قرب من البلوغ يمنعه الأب من الدخول في الاوقات الثلاثة تأديبا وتعلما لا مورا الدين كالامر بالصلاة اذا بلغ سبعا وضر به عليها اذا بلغ عشرة والتفريق بينهم في المضاجع والله عز وجل أعلم هذا اذا كان البيت مسكونا بأن كان له ساكن وأما اذا لم يكن كالحانات والرباطات التي تكون للمارة والخربات التي تقضي فيها حاجة البول والغائط فلا بأس أن يدخله من غير استئذان لقوله سبحانه وتعالى ليس عليكم جناح أن تدخلوا بيوتا غير مسكونة فيها متاع لكم أي منفعة لكم وهي منفعة دفع الحر والبرد في الحانات والرباطات ومنفعة قضاء الحاجة من البول والغائط في الخربات والله سبحانه وتعالى أعلم وروى في الخبر انه لما نزلت آية الاستئذان قال سيدنا أبو بكر رضي الله عنه يا رسول الله فكيف بالبيوت التي بين مكة والمدينة وبين المدينة والشام ليس فيها ساكن فأذن الله تعالى عز وجل قوله ليس عليكم جناح أن تدخلوا بيوتا غير مسكونة فيها متاع لكم والله عز وجل الموفق هذا الذي ذكرنا حكم الدخول (وأما) حكم ما بعد الدخول وهو الخلوة فان كان في البيت امرأة أجنبية أو ذات رحم محرمة لا يحل للرجل أن يخلو بها لأن فيه خوف الفتنة والوقوع في الحرام وقدر روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا يخلو رجل بامرأة فان تألها الشيطان وان كانت المرأة ذات رحم محرمة فلا بأس بالخلوة والافضل أن لا يفعل لما روى عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنهما أنه قال ما خلوت امرأة قط مخافة أن أدخل في نهى النبي عليه الصلاة والسلام ويكره للمرأة أن تصل شعر غير هامن بن آدم بشعرها لقوله عليه الصلاة والسلام لمن الله الوصلة والمستوصلة ولان الآدمي بجميع أجزائه مكرم والانتفاع بالجزء المنفصل منه اهانة له ولهذا كره بيعه ولا بأس بذلك من شعر الهيمة وصوفها لانه

انتفاع بطريق التزين بما يحتمل ذلك ولهذا احتمل الاستعمال في سائر وجوه الانتفاع فكذا في التزين ولا بأس
للرجل أن يعزل عن أمته بغير اذنهما (وأما) المنكوحة فإن كانت حرة يكره له العزل من غير اذنها بالاجماع لان لها في الولد
حقا وفي العزل فوت الولد ولا يجوز تقويت حق الانسان من غير رضاه فاذا رضيت جاز وان كانت أمة فلا بد من
الاذن أيضا بخلاف لكن الكلام في أن الاذن بذلك الى المولى أم اليها قال أبو حنيفة رحمه الله الاذن فيه الى مولاهما
وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله اليها (وجه) قولهما ان لها حق في قضاء الشهوة والعزل يوجب نقصا نافيها ولا يجوز
ابطال حق الانسان من غير رضاه (وجه) قول أبي حنيفة رضي الله عنه ان الكراهة في الحرمة لمكان خوف فوت الولد
الذي لها فيه حق والحق ههنا في الولد للمولى لا للامة وقولهما فيه نقصان قضاء الشهوة فنعم لكن حقها في أصل قضاء
الشهوة لا في وصف الكمال ألا ترى ان من الرجال من لا ماء له وهو يجامع امرأته من غير انزال ولا يكون لها حق
الخصومة دل ان حقها في أصل قضاء الشهوة لا في وصف الكمال والله سبحانه وتعالى أعلم ويكره للرجل أن يقول في
دعائه أسألك بحق أنبيائك ورسلك وبحق فلان لانه لا حق لأحد على الله سبحانه وتعالى جل شأنه وكذا يكره
أن يقول في دعائه أسألك بمعتقد العز من عرشك وروى عن أبي يوسف انه لا بأس بذلك لورود الحديث وهو
ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه كان يقول في دعائه اللهم اني أسألك بمعتقد العز من عرشك ومنتهى
الرحمة من كتابك وباسمك الاعظم وجدك الاعلى وكلماتك التامة (وجه) ظاهر الرواية ان ظاهر هذا اللفظ
يوهم التشبيه لان العرش خلق من خلقت الله تبارك وتعالى جل وعلا فاستحال أن يكون عز الله تبارك وتعالى معقودا
به وظاهر الخبر الذي هو في حد الآحاد اذا كان موهوما للتشبيه فالكف عن العمل به أسلم ويكره حمل الخرق على مسح
العرق والامتخاط ترفعا بها وتكبرا لان التكبر من المخلوق مذموم وكذا هو تشبيه بزى العجم وقال سيدنا عمر رضي الله
عنه اياكم وزى العجم فأما الحاجة فلا بأس به لانه لو لم يحمل لا يحتاج الى الاخذ بالكلمة والذيل وفيه افساد ثوبه ولا بأس
ر بطل الخيط في الاصبع أو الخاتم للحاجة لان فيه استعانة على قضاء حاجة المسلم بالتذكير ودفع النسيان وانه أمر مندوب
اليه وروى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر بعض الصحابة بذلك ويكره استقبال القبلة بالفرج في الخلاء لما
روى عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال اذا أتيتم الفائط فغطوا قبلة الله تبارك وتعالى فلا تسقبلوها ولا تستدبروها
ولكن شرقوا أو غربوا وهذا بالمدينة (وأما) الاستدبار فمن أبي حنيفة رضي الله عنه فيه روايتان في رواية يكره وفي
رواية لا يكره لما روى عبد الله بن سيدنا عمر رضي الله عنهما أنه رأى النبي عليه الصلاة والسلام مستقبل الشام مستدبر
القبلة ولان فرجه لا يوازى القبلة حالة الاستدبار وانما يوازى الارض بخلاف حالة الاستقبال هذا اذا كان في
القضاء فان كان في البيوت فكذلك عندنا وعند الشافعي عليه الرحمة لا بأس بالاستقبال في البيوت واحتج بما
روى عبد الله بن سيدنا عمر رضي الله عنهما سئل عن ذلك فقال انما ذلك في القضاء (ولنا) ما رويناه من حديث
رسول الله صلى الله عليه وسلم مطلقا من غير فصل بين القضاء والبيوت والعمل بقول رسول الله صلى الله عليه وسلم
أولى من العمل بقول الصحابي ولان القارق بين القضاء وبين البيوت ان كان وجود الحائل من الجدار ونحوه فقد
وجد الحائل في القضاء وهو الجبال وغيرها ولم يمنع الكراهة فكذا هذا ويكره أن تكون قبلة المسجد الى متوضعا أو
مخرج أو حمام لان فيه ترك تعظيم المسجد وأما مسجد البيت وهو الموضع الذي عينه صاحب البيت للصلاة فلا بأس
بذلك لانه ليس بمسجد حقيقة فلا يكون له حكم المسجد وتكره التصاوير في البيوت لما روى عن رسول الله صلى الله
عليه وسلم عن سيدنا جبريل عليه الصلاة والسلام أنه قال لا تدخل بيتا فيه كلب أو صورة ولان امسا كها تشبه
بعبد الاوثان الا اذا كانت على البسط أو الوسائد الصغار التي تلي على الارض ليجلس عليها تكره لان دوسها
بالارجل اهانة لها فامسا كها في موضع الاهانة لا يكون تشبها بعبد الا صنم الا أن يسجد عليها فيكره لخصول معنى
التشبه ويكره على الستور وعلى الارز المضروبة على الحائط وعلى الوسائد الكبار وعلى السقف لما فيه من تعظيمها

اولم يكن هارأس فلا بأس لانها لا تكون صورة بل تكون نقشا فان قطع رأسه بان خاط على عنقه خيطاً فذاك
يس بشئ لانهم يخرجون كونهما صورة بل ازدادت حلية كالطوق لذوات الاطواق من الطيور ثم المكر وهصورة
ذى الروح فاما صورة مالا روح له من الاشجار والقناديل ونحوها فلا بأس به ويكره التعشير والنقش في المصحف
لقول عبد الله بن مسعود رضي الله عنهما جردوا مصاحفكم وذلك في ترك التعشير والنقش ولان ذلك يؤدي الى
الخلل في تحفظ القرآن لانه يتكل عليه فلا يجتهد في التحفظ بل يتكاسل لكن قيل هذا في بلادهم فاما في بلاد
المعجم فلا يكره لان المعجم لا يقدر ان يعلم القرآن بدونه ولهذا جرى التعارف به في عامة البلاد من غير نكير
فكان مسنوناً لا مكرها ولا بأس بنقش المسجد بالجص والساج وماء الذهب لان تزيين المسجد من باب تعظيمه
سكن مع هذا تركه افضل لان صرف المال الى الفقراء أولى واليه أشار عمر بن عبد العزيز رضي الله عنهما حين رأى
مالا ينقل الى المسجد الحرام فقال المساكين أحوج من الاساطين وكان لمسجد رسول الله صلى الله عليه وسلم جريد
النخل وهذا اذا نقش من مال نفسه فاما من مال المسجد فلا ينبغي أن يفعل ولو فعل الفهم من مال المسجد قيل انه
يضمن ولا يبق عن الغلام والجارية عندنا وعند الشافعي رحمه الله العقيقة سنة واحتج بما روى ان رسول الله
صلى الله عليه وسلم علق عن سيدنا الحسن وسيدنا الحسين رضي الله عنهما كبشاً كبشاً (ولنا) ما روى عن سيدنا
رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال نسخت الاضحية كل دم كان قبلها ونسخ صوم رمضان كل صوم كان قبله
ونسخت الزكاة كل صدقة كانت قبلها والعقيقة كانت قبل الاضحية فصارت منسوخة بها كالعقيقة والعقيقة
ما كانت قبلها فرضاً بل كانت فضلاً وليس بعد نسخ الفضل الا الكراهة بخلاف صوم عاشوراء وبعض
الصدقات المنسوخة حيث لا يكره التنفل بها بعد النسخ لان ذلك كان فرضاً وانتساخ القرصية لا يخرج عنه كونه
قربة في نفسه والله سبحانه وتعالى أعلم ويكره للرجل أن يجعل الزاوية في عنق عبده ولا بأس بان يقيده اما الزاوية وهي
الغل فلانه شئ أحدثته الجبارة وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم كل محدثة بدعة وكل بدعة ضلالة ولكل
ضلالة في النار فاما التقييد فليس يحدث بل كان يستعمله الصحابة الكرام رضي الله تعالى عنهم روى أن عبد الله
بن عباس رضي الله عنهما قيد عبده فله علمه تأويل القرآن وبه جرت العادة في سائر الاغصان من غير نكير فيكون اجماعاً
ولان ضرب الزاوية على العبد لا بقاء التمكن من الانتفاع مع الامن عن الباقي الا ان لا يحصل بالزاوية لان كل أحد اذا
راه يمشي مع الزاوية يظنه أبقا فيصره عن وجهه ويرده الى مولاه فلا يمكنه الانتفاع به فلم يكن ضرب الزاوية عليه مفيداً
ولا بأس بالحقنة لانها من باب التدأوى وأنه أمر مندوب اليه قال النبي عليه الصلاة والسلام تدأوا فان الله تعالى لم
يخلق داء الا وقد خلق له دواء الا السام والحرم ويكره اللعب بالتردو والشرطنج والاربع عشرة وهي لعب تستعمله اليهود
لانه قمار أو لعب وكل ذلك حرام (أما) القمار فلقوله عز وجل (يا أيها الذين آمنوا انما الخمر والميسر والانصاب والازلام
رجس) وهو القمار كذا روى ابن عباس وابن سيدنا عمر رضي الله عنهم وروى عن مجاهد وسعيد بن جبيرة والشعبي
 وغيرهم رضي الله عنهم أنهم قالوا الميسر القمار كله حتى الجوز الذي يلعب به الصبيان وعن سيدنا علي رضي الله عنه أنه
 قال الشرطنج ميسر لا عاجم وعن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال ما لها كم عن ذكر الله فهو ميسر (وأما) اللعب فلقوله
 عليه الصلاة والسلام كل لعب حرام الا ملاعبة الرجل امرأته وقوسه وفرسه وقوله عليه الصلاة والسلام ما أنا من رد
 ولا رد مني وحكي عن الشافعي رحمه الله أنه رخص في اللعب بالشرطنج وقال لان فيه تشجيعاً لخطرت وكية القهم
 والعلم بتدبير الحرب ومكايده فكان من باب الادب فاشبهه الرماية والفرسية وهذا لا يخرج عن كونه قماراً ولعباً
 وكل ذلك حرام لما ذكرنا وكره أبو يوسف التسليم على اللاعبين بالشرطنج تحقيراً لهم لجرمهم عن ذلك ولم يكرهه أبو
 حنيفة رضي الله عنه لان ذلك يشغلهم عما هم فيه فكان التسليم بعض ما ينعمهم عن ذلك فلا يكره ولا بأس بعبادة اليهود
 والنصارى لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم عاد يهود يافعا قال له قل لا اله الا الله محمد رسول الله فنظر الى أبيه

فقال له أبوه أجب محمد فأسلم ثم مات فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم الحمد لله الذي أتقذني نسمة من النار ولان
عبادة الجار قضاء حق الجوار وأنه مندوب اليه قال الله تبارك وتعالى والجار الجنب من غير فصل مع ما في العبادة من
الدعوة الى الايمان رجاء الايمان فكيف يكون مكروها ويكرهه لا ابتداء بالتسليم على اليهودى والنصرانى لان السلام
اسم لكل بروخير ولا يجوز مثل هذا الدعاء للكافر الا أنه اذا سلم لا بأس بالرد عليه مجازاة له ولكن لا يزيد على قوله
وعليك لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال ان اليهود اذا سلم عليكم احدى فاما يقول السام عليكم فقولوا
وعليك ولا بأس بدخول أهل الذمة المساجد عندنا وقال مالك رحمه الله والشافعى لا يحل لهم دخول المسجد الحرام
احتج مالك رحمه الله بقوله عز وجل انما المشركون نجس وتزيه المسجد عن النجس واجب يحققه أنه يجب تنزيه
المسجد عن بعض الطاهرات كالتخامة ونحوها قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان المسجد ليتزوى من التخامة
كما تزوى الجدة من النار من النجاسة أولى واحتج الشافعى رحمه الله بقوله جل وعلا (فلا يقر بوا المسجد بعد عامهم
هذا) خص المسجد الحرام بالنهى عن قرانه فيدل على اختصاص حرمة الدخول به ليكون التخصيص مفيداً
(ولنا) أن المشركين من وفود العرب وغيرهم كانوا يدخلون المسجد على رسول الله صلى الله عليه وسلم فانه روى أن
أبا سفيان دخل المسجد عام الحديبية وكذا وفد تقيف دخلوا المسجد وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم فتح مكة
من دخل المسجد فهو آمن جعل عليه الصلاة والسلام المسجد مأماً ودعاهم الى دخوله وما كان عليه الصلاة والسلام
ليدعو الى الحرام (وأما) الآية الكريمة فالمراد أنهم نجس الاعتقاد والافعال لان نجس الاعيان اذ لا نجاسة على اعيانهم
حقيقة وقوله عز وجل (فلا يقر بوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا) نهى عن دخول مكة للحج لا عن دخول المسجد
الحرام نفسه لقوله تعالى (وان خفتم عيلة فسوف يغنيكم الله من فضله ان شاء) ومعلوم ان خوف العيلة انما يتحقق بمنعهم
عن دخول مكة لا عن دخول المسجد الحرام نفسه لانهم اذا دخلوا مكة ولم يدخلوا المسجد الحرام لا يتحقق خوف
العيلة ولما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث سيدنا علياً رضى الله عنه ينادى الا لا يحجن بعد هذا العام مشرك
فثبت ان هذا نهى عن دخول مكة للحج الا أنه سبحانه وتعالى ذكر المسجد الحرام لما أن المقصد من اتيان مكة البيت
والبيت في المسجد والله سبحانه وتعالى أعلم مسلم باع خمر أو أخذ ثمنها وعليه دين يكره لصاحب الدين أن يأخذه منه
ولو كان البائع نصرانياً فلا بأس بأخذه (ووجه) الفرق أن بيع الخمر من المسلم باطل لانها ليست بمقتومة في حق المسلم
فلا يملك ثمنها فبقي على حكم ملك المشتري فلا يصح قضاء الدين به وان كان البائع نصرانياً فالباع صحيح لكونها
مالاً مقبوماً في حقه فملك ثمنها فصح قضاء الدين منه والله عز وجل أعلم رجل دعى الى وليمة أو طعام وهناك لعب أو غناء
جملة الكلام فيه ان هذا في الاصل لا يخلو من أحد وجهين اما أن يكون عالماً ان هناك ذكاً واماً ان لم يكن عالماً به فان كان
عالماً به فان كان من غالب رأيه أنه يمكنه التغيير فيجب ان اجابة الدعوى مسنونة قال النبي عليه الصلاة والسلام اذا دعى
أحدكم الى وليمة فليأتها وتغيير المنكر مفروض فكان في الاجابة اقامة الفرض ومراعاة السنة وان كان في غالب رأيه أنه
لا يمكنه التغيير لا بأس بالاجابة لما ذكرنا ان اجابة الدعوة مسنونة ولا تترك السنة لمعصية توجد من الغير ألا ترى أنه
لا يترك تشييع الجنائز وشهود المآتم وان كان هناك معصية من النياحة وشق الجيوب ونحو ذلك كذا ههنا وقيل هذا
اذا كان المدعو اماماً يقتدى به بحيث يحترم ويحتشم منه فان لم يكن فترك الاجابة والقعود عنها أولى وان لم يكن عالماً حتى
ذهب فوجد هناك لعباً أو غناء فان أمكنه التغيير غير وان لم يمكنه ذكر في الكتاب وقال لا بأس بان يقعدوا يأكل قال
أبو حنيفة رضى الله عنه ابتليت بهذا مرة لما ذكرنا ان اجابة الدعوة أمر مندوب اليه فلا يترك لاجل معصية توجد
من الغير هذا اذا لم يعلم به حتى دخل فان علمه قبل الدخول يرجع ولا يدخل وقيل هذا اذا لم يكن اماماً يقتدى به فان
كان لا يمكنه بل يخرج لان في المكث استخفافاً بالعلم والدين وتجربة لاهل الفسق على الفسق وهذا لا يجوز وصبر أبى
حنيفة رحمه الله محمول على وقت لم يصرفه مقتدى به على الاطلاق ولو صار لما صبر ودلت المسئلة على أن مجرد الغناء

معصية وكذا الاستماع اليه وكذا ضرب القصب والاستماع اليه الا ترى ان ابا حنيفة رضى الله عنه ساء ابتلاء
ويكره الاحتكار والكلام في الاحتكار في موضعين أحدهما في تفسير الاحتكار وما يصير به الشخص محتكرا
والثاني في بيان حكم الاحتكار (أما) الاول فهو أن يشتري طعاما في مصر ويمتنع عن بيعه وذلك يضر بالناس
وكذلك لو اشتراه من مكان قريب يحمل طعامه الى مصر وذلك المصير صغير وهذا يضر به يكون محتكرا وان كان
مصريا كبيرا لا يضر به لا يكون محتكرا ولو جلب الى مصر طعاما من مكان بعيد وحبس به لا يكون احتكرا وروى عن
أبي يوسف رحمه الله أنه يكون احتكارا لان كراهة الاحتكار بالشراء في مصر والامتناع عن البيع لمكان الاضرار
بالعامة وقد وجد ههنا ولا في حنيفة رضى الله عنه قول النبي عليه الصلاة والسلام الجالب مرزوق وهذا جالب
ولان حرمة الاحتكار بحبس المشتري في مصر لتعلق حق العامة به فيصير ظالما يمنع حقهم على ما ذكره ويوجد ذلك في
المشتري خارج مصر من مكان بعيد لانه متى اشتراه لم يتعلق به حق أهل مصر فلا يتحقق الظلم ولكن مع هذا لا يفضل
له أن لا يفعل ويبيع لان في الحبس ضررا بالمسلمين وكذلك ما حصل له من ضياعه بان زرع أرضه فأمسك
طعامه فليس ذلك باحتكار لانه لم يتعلق به حق أهل مصر لكن الافضل أن لا يفعل ويبيع لما قلنا ثم الاحتكار
يجرى في كل ما يضر بالعامة عند أبي يوسف رحمه الله قوتا كان أولا وعند محمد رحمه الله لا يجري الاحتكار الا في
قوت الناس وعلف الدواب من الحنطة والشعير والتبن والقت (وجه) قول محمد رحمه الله ان الضرر في الاعمال اغلب
انما يلحق العامة بحبس القوت والعلف فلا يتحقق الاحتكار الا به (وجه) قول أبي يوسف رحمه الله ان الكراهة
لمكان الاضرار بالعامة وهذا لا يختص بالقوت والعلف (وأما) حكم الاحتكار فتقول بتعلق بالاحتكار أحكام
(منها) الحرمة لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال المحتكر ملعون والجالب مرزوق ولا يلحق اللعن الا
بمباشرة المحرم وروى عنه عليه الصلاة والسلام انه قال من احتكر طعاما أربعين ليلة فقد برى من الله وبرى الله منه
ومثل هذا الوعيد لا يلحق الا بارتكاب الحرام ولان الاحتكار من باب الظلم لان ما يبيع في مصر فقد تعلق به حق
العامة فاذا امتنع المشتري عن بيعه عند شدة حاجتهم اليه فقد منعهم حقهم ومنع الحق عن المستحق ظلم وانه حرام وقيل
مدة الحبس وكثيرها سواء في حق الحرمة لتحقق الظلم (ومنها) أن يورث المحتكر بالبيع ازالة للظلم لكن انما يورث
بيعه ما فضل عن قوته وقوت أهله فان لم يفعل وأصر على الاحتكار ورفع الى الامام مرة أخرى وهو مصر عليه
فان الامام يعظه ويهدده فان لم يفعل ورفع اليه مرة ثالثة بحبسه ويمر به زجرا له عن سوء صنعه ولا يجبر على البيع
وقال محمد بن يحيى عليه وهذا يرجع الى مسألة الحجر على الحر لان الحجر على البيع في معنى الحجر وكذا لا يسر لقوله عز
وجلس يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض منكم وقوله عليه الصلاة
والسلام لا يحل مال امرئ مسلم الا بطيب من نفسه وروى ان السعر علف في المدينة وطلبوا التسمير من رسول الله
صلى الله عليه وسلم فلم يسر وقال ان الله تبارك وتعالى هو المسمر القابض الباسط (ومنها) انه اذا خاف الامام الهلاك
على أهل مصر أخذ الطعام من المحتكرين وفرقه عليهم فاذا وجدوا وعليهم مثله لانهم اضطروا اليه ومن اضطرا الى
مال الغير في نخصة كان له أن يتناوله بالضمان لقوله تعالى فمن اضطروا في نخصة غير متجانف لاثم فان الله غفور رحيم وكذا
يكره تلقى الركبان اذا كان يضر بأهل مصر لما روى ان النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن تلقى الركبان ولان فيه
اضرارا بالعامة فيكره كما يكره الاحتكار ويكره خرق الزق الذي فيه محرّم لمسلم عند أبي حنيفة رحمه الله ولو خرق
يضمن وعند أبي يوسف ومحمد لا يكره ولا يضمن وعلى هذا الخلاف كسر آلات الملاهي من البربط والعود
والزمار ونحوها والمسئلة تعرف في كتاب البيوع رجل ابتلع ديرة رجل فبات المبتلع فان ترك ما لا كانت قيمة
الديرة في تركته وان لم يترك ما لا لا يشق بطنه لان الشق حرام وحرمة النفس أعظم من حرمة المال وعليه قيمة الديرة
لانه استهلكها وهي ليست من ذوات الامثال فكانت مضمونة بالقيمة فان ظهر له مال في الدنيا قضى منه والافه

مأخوذ به في الآخرة حامل ماتت فاضطرب في بطنها ولد فان كان في كبر الرأى انه حتى يشق بطنها لانا بلبينا بلبتين فاختار أهونهما وشق بطن الام الميتة أهون من اهلاك الولد الحى رجل له ورتة صغار فأراد أن يوصى بنظر في ذلك فان كان أكبر رأيه انه تقع الكفاية لهم بما سوى ثلث الوصية من المتروك فالوصية بالثلث أفضل لان فيه رعاية الجانبين وان كان أكبر رأيه انه لا تقع الكفاية لهم الا بكل المتروك فالمتروك لهم أفضل من الوصية لما روى ان سعد بن أبي وقاص رضى الله عنه سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال بكم يوصى الرجل من ماله فقال عليه الصلاة والسلام بالثلث والثلث كثير لان تدع ورثتك أغنياء خير لك من أن تدعهم عالة يتكفون الناس رجل رأى رجلاً قتل أباه وادعى القاتل انه قتله بقصاص أو ردة ولم يعلم الابن من ذلك شيئاً وسع الابن أن يقتله لانه عاين السبب الموجب للقصاص في الاصل وهو القتل العمد لقوله عليه الصلاة والسلام العمد قود الا أن يعنى أو يفادى والقاتل يدعى أمراً عارضاً فلا يسمع الابحجة وكذلك اذا أقر بالقتل في السر ثم ادعى انه قتله بقصاص أو ردة كان الابن في سعة من قتله لان الاقرار بالقتل العمد اقرار بالسبب الموجب للقصاص في الاصل على ما بينا ولولم يعاين القتل ولا أقر به عنده ولكن شهد عنده شاهدان عدلان على معاينة القتل أو على الاقرار به لم يسمعه قتله حتى يقضى القاضى بشهادتهما فراقبين الاقرار وبين الشهادة ووجه الفرق بينهما ظاهر لان الشهادة ليست بحجة بنفسها بل بقضاء القاضى لما فيها من تهمة جبر النفع فلا تندفع التهمة الا بقضاء القاضى (فاما) الاقرار فحجة بنفسه اذا لانسان غير متهم في الاقرار على نفسه فهو الفرق وكذلك يحل لمن عاين القتل او سمع اقراره به أن يعين الولي على قتله لانه اعانة لصاحب الحق على استيفاء حقه فظاهر ولو شهد عند الابن اثنان بما يدعيه القاتل مما يحل دمه من القتل والردة فان كانا ممن يقضى القاضى بشهادتهما لو شهدا عنده لا ينبغي للابن أن يعجل بالقتل لجواز أن يتصل القضاء بشهادتهما فيتبين انه قتله بغير حق والامتناع عن المباح أولى من ارتكاب المحذور وان كانا ممن لا يقضى القاضى بشهادتهما لو شهدا عنده كالحدد ودين في القذف والنساء وحدهن كان في سعة من قتله لما ذكرنا ان الشهادة ليست بحجة بنفسها بل بقضاء القاضى فان كانت ممن لا يتصل بها القضاء كان وجودها وعدمها بمنزلة واحدة ولكن مع هذا ان توقف في ذلك فهو أفضل لاحتمال اتصال القضاء به في الجملة ولا احتمال أن يكون صدق حقيقة عند الله عز وجل ولو شهد عنده رجل واحد عدل غير محدود في القذف ينبغي أن يتوقف في القتل لجواز أن ينضم اليه شاهد آخر ولهذا لو شهد عند القاضى لتوقف أيضا فكان الانتظار أفضل ولو لم ينتظر واستعجل في قتله كان في سعة منه لان الموجود أحد شرطى الشهادة وانه لا يعتبر بدون الشرط الآخر ولوعاين الوارث رجلاً أخذ مالا من أبيه أو أقر عنده انه أخذ مالا من أبيه وادعى انه كان وديعة عند أبيه أو كان ديناً له عليه اقتضاه منه وسعه أن يأخذه منه لانه لما عاين أخذ المال منه فقد عاين السبب الموجب للضمان في الاداء وهو الاخذ لان الاخذ في الاصل سبب لوجوب ضمان المأخوذ وهو رد عينه ان كان قائماً ورد بدله ان كان هالكا لقوله عليه الصلاة والسلام على اليد ما أخذت حتى ترده ودعوى الايداع والدين أمر عارض فلا يسمع الابحجة وله أن يأخذه منه ولو امتنع عن الدفع يقال له عليه لقوله عليه الصلاة والسلام قاتل دون مالك وكذا اذا أقر بذلك لانه أقر بالسبب الموجب للضمان على ما بينا فله أن يأخذه منه وكذلك يسع لمن عاين ذلك أو سمع اقراره أن يعينه على الاخذ منه لكونه اعانة على استيفاء الحق فظاهر ولو لم يعاين ذلك ولا أقر به عنده ولكن شهد شاهدان عدلان عنده ان هذا الشيء الذى يدفان ملك ورثته عن أبيك لا يسمعه أخذه منه حتى يقضى القاضى بخلاف الاقرار وقد مر الفرق بينهما في فصل القتل والله عز وجل أعلم (وأما) الذى ثبت حرمة في حق الرجال دون النساء فثلاثة أنواع منها لبس الحرير المصمت من الديباج والقز لما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج وباحدى يديه حرير وبالاخرى ذهب فقال هذان حرمان على ذكور أمتي حل لائهما * وروى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم أعطى سيدنا عمر رضى الله تعالى عنه حلة فقال يا رسول الله كسوتني حلة

وقد قلت في حلة عطا ردانما يلبسه من لا خلاق له في الآخرة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اني لم أكسها لتلبسها وفي رواية انما أعطيتك لتكسوا بعض نساءك * فان قيل أليس روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج وعليه قباء من ديباج قيل نعم ثم نسخ لما روى عن أنس رضي الله عنه انه قال لبس رسول الله صلى الله عليه وسلم جبة حر يرأهاها له أكيدر رومة وذلك قبل أن ينهى عنه كذا قال أنس وهذا في غير حال الحرب (وأما) في حال الحرب فكذلك عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد لا يكره لبس الحر في حال الحرب وجه قولهما ان في لبس الحر في حال الحرب ضرورة لا نه يحتاج الى دفع ضرر السلاح عنه والحرير أدفع له وأهيب للعدو وأيضا فرخص للضرورة ولا في حنيفة رضي الله عنه اطلاق التحريم الذي رويان من غير فصل بين حال الحرب وغيرها وما ذكرناه من الضرورة يندفع بلبس ما لمحتة حرير وسداه غير حرير لان دفع ضرر السلاح وتيبب العدو يحصل به فلا ضرورة الى لبس الحرير بالخالص فلا تسقط الحرمة من غير ضرورة ولا فرق بين الكبير والصغير في الحرمة بعد ان كان ذكر الان النبي عليه الصلاة والسلام أدار هذا الحكم على الذكورة بقوله عليه الصلاة والسلام هذان حرمان على ذكر رأتى الا ان اللباس اذا كان صغيرا فالانتم على من ألبسه لا عليه لانه ليس من أهل التحريم عليه كما اذا سقى خمرا فشر بها كان الانتم على الساقى لا عليه كذا ههنا هذا اذا كان كله حريرا وهو المصمت فان كانت لمحتة حريرا وسداه غير حرير لا يكره لبسه في حال الحرب بالاجماع لما ذكرنا من ضرورة دفع مضرة السلاح وتيبب العدو فاما في غير حال الحرب فمكروه ولا نعدام الضرورة وان كان سداه حريرا ولمحتة غير حرير لا يكره في حال الحرب وغيرها وههنا تكتتان احدهما ان الثوب يصير ثوبا للحمية لانه انما يصير ثوبا بالنسج والنسج تركيب اللحمية بالسدى فكانت اللحمية كالوصف الاخير فيضاف الحكم اليه وهذه النكتة تقتضى اباحة لبس الثياب العتاني والنكتة الثانية وهي نكتة الشيخ أبي منصور ان السدى اذا كان حريرا والحمية غير حرير يصير السدى مستورا بالحمية فأشبهه الحشو وهذه النكتة تقتضى أن لا يباح لبس العتاني لان سداه ظاهر غير مستور والصحيح هو النكتة الاولى لان رواية الاباحة في لبس مطلق ثوب سداه حرير ولمحتة غير حرير بمنصوصة فتجري على اطلاقها فلا تناسبها الا بالنكتة الاولى ولو جعل حشو القباء حريرا وقرا لا يكره لانه مستور بالظاهرة فلم يحصل معنى التزين والتنعيم الا يرى أن لا لبس هذا الثوب لا يسمى لبس الحرير والقز ولو جعل الحرير بطانة يكره لانه لا لبس الحرير حقيقة وكذا معنى التنعيم حاصل للتزين بالحرير ولطفه هذا اذا كان الحرير كثيرا فان كان قليلا كاعلام الثياب والعمائم قد رآر بعة أصابع فادونها لا يكره وكذا العلم المنسوج بالذهب لانه تابع والعبرة للمتبع ألا ترى ان لا لبسه لا يسمى لبس الحرير والذهب وكذا جرت العادة بتعميم العمائم ولبس الثياب المعلمة بهذا القدر في سائر الاعصار من غير نكير فيكون اجماعا وكذا الثوب والقلنسوة الذي جعل على أطرافها حرير لا يكره اذا كان قد رآر بعة أصابع فادونها قلنا وروى أن النبي عليه الصلاة والسلام لبس فروة وعلى أطرافها حرير وعن محمد انه لا يسع ذلك في القلنسوة وان كان أقل من أربعة أصابع وانما رخص أبو حنيفة رضي الله عنه اذا كان في عرض الثوب وذكر في نوادر هشام عن محمد رحمه الله انه يكره تكة الديباج والابرسم لانه استعمال الحرير بمقصد الا بطريق التبعية فيكره وان قل بخلاف العلم ونحوه هذا الذي ذكرناه حكم لبس الحرير (فأما) حكم التوسد بالجلوس والنوم عليه فغير مكروه عند أبي حنيفة عليه الرحمة وعند أبي يوسف ومحمد مكروه (لهما) اطلاق التحريم الذي رويان من غير فصل بين اللبس وغيره ولان معنى التزين والتنعيم كما يحصل باللبس يحصل بالتوسد والجلوس والنوم ولا في حنيفة ما روى انه كان على بساط عبد الله بن عباس رضي الله عنهما رقعة من حرير وروى ان أنس رضي الله عنه حضر ولية فجلس على وسادة حرير عليها طيور فدل فعله رضي الله عنه على رخصة الجلوس على الحرير وعلى الوسادة الصغيرة التي عليها صورة به تبين ان المراد من التحريم في الحديث تحريم اللبس فيكون فعل الصحابي مبينا لقول النبي عليه الصلاة والسلام لا تخالقه والقياس باللبس غير

سيد لان التزين بهذه الجملات دون التزين باللبس لانه استعمال فيه اهاة المستعمل بخلاف اللبس فيبطل الاستدلال به (وأما) المرأة فيحل لها لبس الحرير المصمت والديباغ والقزلان النبي عليه الصلاة والسلام أحل هذا للأنثاء بقوله عليه الصلاة والسلام حل لائناها (ومنها) الذهب لان النبي عليه الصلاة والسلام جمع بين الذهب وبين الحرير في التحريم على الذكور بقوله عليه الصلاة والسلام هذا حرمان على ذكور أمتي فيكره للرجل التزين بالذهب كالتيختم ونحوه ولا يكره للمرأة لقوله عليه الصلاة والسلام حل لائناها وروى عن النعمان بن بشير رضي الله عنه أنه قال اتخذت خاتماً من ذهب فدخلت على سيدنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال مالك اتخذت حللى أهل الجنة قبل أن تدخلها فميت ذلك واتخذت خاتماً من حديد فدخلت عليه فقال مالك اتخذت حللى أهل النار فاتخذت خاتماً من نحاس فدخلت عليه فقال انى أجد منك ربح الا صنمك فقلت كيف أصنع يا رسول الله فقال عليه الصلاة والسلام اتخذ من الورق ولا تزد على المثقال والاصل ان استعمال الذهب فيما يرجع الى التزين مكره وفي حق الرجل دون المرأة لما قلنا واستعماله فيما ترجع منفعتة الى البدن مكره وفي حق الرجل والمرأة جميعاً حتى يكره الاكل والشرب والادهان والتطيب من مجاز الذهب للرجل والمرأة لقول النبي عليه الصلاة والسلام ان الذى يشرب من آنية الفضة انما يجرجر في بطنه نار جهنم ومعلوم ان الذهب أشد حرمة من الفضة ألا يرى انه رخص عليه الصلاة والسلام الترخيم بالفضة للرجال ولا رخصة في الذهب أصلاً فكان النص الوارد في الفضة وارداً في الذهب دلالة من طريق الأولى كتحرير التأنيف مع تحريم الضرب والشم وكذلك الاكتحال بمكحلة الذهب أو بميل من ذهب مكره للرجل والمرأة جميعاً لان منفعتة عائدة الى البدن فأشبهه الاكل والشرب (وأما) الاناء المضرب بالذهب فلا بأس بالاكل والشرب فيه عند أبي حنيفة رضي الله عنه وهو قول محمد ذكره في الموطأ وعند أبي يوسف يكره (وجه) قول أبي يوسف أن استعمال الذهب حرام بالنص وقد حصل باستعمال الاناء فيكره (وجه) قولهما أن هذا القدر من الذهب الذي عليه هو تابع له والعبرة للمتبوع دون التابع كالثوب المعلم والجمبة المكشوفة بالحرير وعلى هذا الخلاف الجلوس على السرير المضرب والكرسى والسرير واللباس والركاب والتفر المضية وكذا المصحف المضرب على هذا الخلاف وكذا حلقة المرأة اذا كانت من الذهب ولبس ثوب فيه كتابة بذهب على هذا الاختلاف (وأما) السيف المضرب والسكين فلا بأس به بالاجماع وكذلك المنطقة المضربة للورود والآثار بالرخصة بذلك في السلاح ولا بأس بشد القص بسمار الذهب لانه تبع للقص والعبرة للاصل دون التابع كالعلم للثوب ونحوه (وأما) شد السن المتحرك بالذهب فقد ذكر الكرخي رحمه الله أنه يجوز ولم يذكر خلافاً وذكر في الجامع الصغير انه يكره عند أبي حنيفة وعند محمد رحمهما الله لا يكره ولو شدها بالفضة لا يكره بالاجماع وكذا الوجدع أنه فاتخذ أنفام من ذهب لا يكره بالاتفاق لان الانف ينتق بالفضة فلا بد من أن ذهبه من ذهب فكان فيه ضرورة فسقط اعتبار حرمة وقد روى أن عرجة أصيب أنه يوم الكلاب فاتخذ أنفام ورق فانتق فأمره سيدنا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يتخذ أنفام من ذهب وبهذا الحديث يبيح محمد على ما ذكر في الجامع لجواز تضبيب السن بالذهب ولا نه يباح له أن يشده بالفضة فكذلك بالذهب لانها في حرمة الاستعمال على السواء ولا نه تبع للسن والتبع حكمه حكم الاصل وهذا يوافق أصل أبي حنيفة رضي الله عنه وحجة ما ذكر أبو حنيفة رضي الله عنه في الجامع اطلاق التحريم من غير فصل ولا يرخص مباشرة الحرم الا للضرورة وهي تندفع بالادنى وهو الفضة فبقى الذهب على أصل التحريم والاستدلال بالفضة غير سيد لانتفاوت بين الحرمتين على ما مر ولو سقط سنه يكره أن يأخذ سن ميت فيشدها مكان الاولى بالاجماع وكذا يكره أن يعيد تلك السن الساقطة مكانها عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ولكن يأخذ سن شاة ذكية فيشدها مكانها وقال أبو يوسف رحمه الله لا بأس بسنه ويكره سن غيره قال ولا يشبه سنه سن ميت استحسن ذلك وبينهما عندى فصل ولكن لم يحضرنى (وجه) الفصل له من وجهين أحدهما ان سن نفسه جزء منفصل للحال عنه لكنه يحتمل أن يصير متصل في الثاني بأن يلتئم فيشدد

بنفسه فيعود الى حالته الاولى واعادة جزءه منفصل الى مكانه ليلتئم جائز كما اذا قطع شئ من عضوه فأعادته الى مكانه فأما
سن غيره فلا يحتمل ذلك والثاني ان استعمال جزءه منفصل عن غيره من بني آدم اهانة لذلك الغير والآدمي بجميع
أجزائه مكرم ولا اهانة في استعمال جزءه نفسه في الإعادة الى مكانه (وجهه) قولهما ان السن من الآدمي جزء منه
فاذا انفصل استحق الدفن ككله والاعادة صرف له عن جهة الاستحقاق فلا تجوز وهذا لا يوجب الفصل بين سنه
وسن غيره (ومنها) القضية لان النص الوارد بتحريم الذهب على الرجال يكون وارداً بتحريم القضية دلالة فيكره
للرجال استعمالها في جميع ما يكره استعمال الذهب فيه الا التحتم به اذا ضرب على صيغة ما يلبسه الرجال ولا يزيد
على المثقال لما روينا من حديث النعمان بن بشير رضي الله عنهما وكذا المنطقة وحلية السيف والسكين من القضية
لما مروا ولا يكره استعمال الذهب فيه لا يكره استعمال القضية من طريق الاولى لأنها أخف حرمة من الذهب
وقد ذكرنا جميع ذلك على الاتفاق والاختلاف فلا نبيده (وأما) التحتم بما سوى الذهب والقضية من الحديد
والنحاس والصفر فسكره للرجال والنساء جميعاً لانه زى أهل النار لما روينا من الحديث (وأما) الاواني المموهة
بماء الذهب والقضية الذي لا يخلص منه شئ فلا بأس بالانتفاع بهما في الاكل والشرب وغير ذلك بالاجماع وكذا
لا بأس بالانتفاع بالسرج والركاب والسلاح والسرير والسقف المموهة لان التمويه ليس بشئ لا يرى انه لا يخلص
والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

﴿كتاب البيوع﴾

الكلام في هذا الكتاب في الاصل في مواضع في بيان ركن البيع وفي بيان شرائط الركن وفي بيان أقسام البيع
وفي بيان ما يكره من البياعات وما يتصل بها وفي بيان حكم البيع وفي بيان ما يرفع حكم البيع (أما) ركن البيع فهو
مبادلة شئ مرغوب بشئ مرغوب وذلك قد يكون بالقول وقد يكون بالفعل (أما) القول فهو المسمى بالايجاب
والقبول في عرف الفقهاء والكلام في الايجاب والقبول في موضعين أحدهما في صيغة الايجاب والقبول والثاني في صيغة
الايجاب والقبول (أما) الاول فنقول والله التوفيق الايجاب والقبول قد يكون بصيغة الماضي وقد يكون بصيغة
الحال (أما) بصيغة الماضي فهي أن يقول البائع بع ويقول المشتري اشتريت فيتم الركن لان هذه الصيغة وان
كانت للماضي وضعا لكنها جعلت ايجاباً للحال في عرف أهل اللغة والشرع والعرف قاض على الوضع وكذا اذا
قال البائع خذ هذا الشئ بكذا أو أعطيتك بكذا أو هلك بكذا أو بذلتك بكذا وقال المشتري قبلت أو أخذت أو رضيت
أو هويت ونحو ذلك فانه يتم الركن لان كل واحد من هذه الالفاظ يؤدي معنى البيع وهو المبادلة والعبرة للمعنى
لا للصورة (وأما) صيغة الحال فهي أن يقول البائع للمشتري أبيع منك هذا الشئ بكذا ونوى الايجاب فقال المشتري
اشتريت أو قال المشتري اشتري منك هذا الشئ بكذا ونوى الايجاب وقال البائع أبيعك منك بكذا وقال المشتري
اشتريه ونوى الايجاب يتم الركن وينقد وانما اعتبر النية ههنا وان كانت صيغة الفعل للحال هو الصحيح لانه غالب
استعمالها للاستقبال اما حقيقة أو مجازاً فوقعت الحاجة الى التعيين بالنية ولا ينقد بصيغة الاستفهام بالاتفاق بأن
يقول المشتري للبائع اتبيع مني هذا الشئ بكذا أو أبعته مني بكذا فقال البائع بع لا ينقد ما لم يقل المشتري اشتريت
وكذا اذا قال البائع للمشتري اشتري مني هذا الشئ بكذا فقال المشتري لا ينقد ما لم يقل البائع بع وهل ينقد بصيغة
الاستقبال وهي صيغة الامر بأن يقول المشتري للبائع بع عبدك هذا مني بكذا فيقول البائع بع قال أصحابنا رحمهم الله
لا ينقد ما لم يقل المشتري اشتريت وكذا اذا قال البائع للمشتري اشتري مني هذا الشئ بكذا فقال المشتري لا ينقد ما لم
يقول البائع بع عندنا وقال الشافعي رحمه الله ينقد (وجهه) قوله ان هذه الصيغة تصلح شرط العقد في الجملة ألا ترى ان
من قال لا أختر زوج ابنتي فقال المخاطب تزوجت أو قال زوج ابنتك مني فقال زوجت ينقد النكاح فاذا

صلحت هذه الصيغة شرط في النكاح صلحت شرط في البيع لان الركن في كل واحد منهما هو الايجاب والقبول ولنا ان قوله بع أو اشترط طلب الايجاب والقبول وطلب الايجاب والقبول لا يكون ايجاباً وقبولاً فلم يوجد الا أحد الشرطين فلا يتم الركن ولهذا لا ينقد بلفظ الاستفهام لكون الاستفهام سؤال الايجاب والقبول لا ايجاباً وقبولاً كذا هذا وهذا هو القياس في النكاح الا اننا استحسننا في النكاح بنص خاص وهو ما روى أبو يوسف ان بلالا خطب الى قوم من الانصار فأبوا أن يزوجه فقال لولا ان رسول الله صلى الله عليه وسلم أمرني أن أخطب اليكم أخطب فقالوا له أملكك ولم ينقل ان بلالا رضى الله عنه قال قبلت فتزكنا القياس هناك بالنص ولا نص في البيع فوجب العمل بالقياس ولان هذه الصيغة مساومة حقيقة فلا تكون ايجاباً وقبولاً حقيقة بل هي طلب الايجاب والقبول فلا بد للايجاب والقبول من لفظ آخر يدل عليهما ولا يمكن حمل هذه الصيغة على المساومة في باب النكاح لان المساومة لا توجد في النكاح عادة فحملت على الايجاب والقبول على ان الضرورة توجب أن يكون قول القائل زوج ابنتك مني شرط العقد فلم يجعل شرط العقد لتضرر به الولي لجواز ان يزوجه ولا يقبل المخاطب فيلحقه الشين فجعلت شرط الضرورة دفع الضرر عن الاولياء وهذا المعنى في باب البيع منعدم فبقيت سؤالاً فلا يتم به الركن ما لم يوجد الشرط الآخر (وأما) صيغة الايجاب والقبول فهوان أحدهما لا يكون لازماً قبل وجود الآخر فأحد الشرطين بعد وجوده لا يلزم قبل وجود الشرط الآخر حتى اذا وجد أحد الشرطين من أحد المتبايعين فلا خيار القبول وله خيار الرجوع قبل قبول الآخر لما روى عن أبي هريرة عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال البيعان بالخيار ما لم يتفرقا عن بيعهما والخيار الثالث لهما قبل التفرق عن بيعهما هو خيار القبول وخيار الرجوع ولان أحد الشرطين لو لم يلزم قبل وجود الآخر لكان صاحبه مجبوراً على ذلك الشرط وهذا لا يجوز (وأما) المبادلة بالفعل فهي التعاطي ويسمى هذا البيع بيع المروضة وهذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز البيع بالتعاطي لان البيع في عرف الشرع كلام ايجاب وقبول فاما التعاطي فلم يعرف في عرف الشرع بيعاً وذكر القدر في ان التعاطي يجوز في الاشياء الخسيسة ولا يجوز في الاشياء النفيسة ورواية الجواز في الاصل مطلق عن هذا التفصيل وهي الصحيحة لان البيع في اللغة والشرع اسم للمبادلة وهي مبادلة شيء مرغوب بشيء مرغوب وحقيقة المبادلة بالتعاطي وهو الاخذ والاعطاء وانما قول البيع والشراء دليل عليهما والدليل عليه قوله عز وجل الا أن تكون تجارة عن تراض منكم والتجارة عبارة عن جعل الشيء للغير ببدل وهو تفسير التعاطي وقال سبحانه وتعالى أولئك الذين اشتروا الضلالة بالهدى فما ربحت تجارتهم وما كانوا مهتدين أطلق سبحانه وتعالى اسم التجارة على تبادل ليس فيه قول البيع وقال الله عز وجل ان الله اشترى من المؤمنين أنفسهم وأموالهم بأن لهم الجنة سمي سبحانه وتعالى مبادلة الجنة بالقتال في سبيل الله تعالى اشتراء وبيعاً لقوله تعالى في آخر الآية فاستبشر وابتيعكم الذي ياتكم به وان لم يوجد لفظ البيع واذا ثبت ان حقيقة المبادلة بالتعاطي وهو الاخذ والاعطاء فهذا يوجد في الاشياء الخسيسة والنفيسة جميعاً فكان التعاطي في كل ذلك بيعاً فكان جائزاً

فصل وأما شرائط الركن فلا يمكن الوصول الى معرفتها الا بعد معرفة أقسام البياعات لان منها ما يعم البياعات كلها (ومنها) ما يخص البعض دون البعض فتقول البيع في القسمة الاولى ينقسم قسمين قسم يرجع الى البدل وقسم يرجع الى الحكم (أما) الذي يرجع الى البدل فينقسم قسمين آخرين أحدهما يرجع الى البدلين والآخر يرجع الى أحدهما وهو الثمن أما الاول فتقول البيع في حق البدلين ينقسم أربعة أقسام بيع العين بالعين وهو بيع السلع بالسلع ويسمى بيع المقايضة وبيع العين بالدين وهو بيع السلع بالثمن المطلقة وهي الدراهم والدنانير وبيعها بالقلوس الناقصة وبالمكيل الموصوف في الذمة والموزون الموصوف والعددي المتقارب الموصوف وبيع الدين بالعين وهو السلم وبيع الدين بالدين وهو بيع الثمن المطلق بالثمن المطلق وهو الصرف (فاما) الذي يرجع الى أحد البدلين وهو الثمن فينقسم في حق البدل وهو الثمن خمسة أقسام بيع المساومة وهو مبادلة المبيع بأي ثمن اتفق

وبيع المراجعة وهو مبادلة المبيع بمثل الثمن الاول وزيادته ربح وبيع التولية وهو المبادلة بمثل الثمن الاول من غير زيادة ولا نقصان وبيع الاشتراك وهو التولية لكن في بعض المبيع ببعض الثمن وبيع الوضعية وهو المبادلة بمثل الثمن الاول مع نقصان شيء منه وأما القسم الذي يرجع الى الحكم فنذكره في باب حكم البيع ان شاء الله تعالى واذا عرفت أقسام البياعات فنذكر شرائطها وهي انواع بعضها شرط الانقضاء وبعضها شرط النفاذ وهو ما لا يثبت الحكم بدونه وان كان قد ينقصد التصرف بدونه وبعضها شرط الصحة وهو ما لا صحته بدونه وان كان قد ينقصد وينفذ بدونه وبعضها شرط لزوم وهو ما لا يلزم البيع بدونه وان كان قد ينقصد وينفذ بدونه (أما) شرائط الانقضاء فانواع بعضها يرجع الى العاقد وبعضها يرجع الى نفس العقد وبعضها يرجع الى مكان العقد وبعضها يرجع الى المقود عليه (أما) الذي يرجع الى العاقد فنوعان أحدهما أن يكون عاقلا فلا ينقصد بيع المجنون والصبي الذي لا يعقل لأن أهلية المتصرف شرط انعقاد التصرف والأهلية لا تثبت بدون العقل فلا يثبت الانقضاء بدونه فاما البلوغ فليس بشرط لانقضاء البيع عندنا حتى لو باع الصبي العاقل مال نفسه ينقصد عندنا موقوفا على اجازة وليه وعلى اجازة نفسه بعد البلوغ وعند الشافعي شرط فلا تنقصد تصرفات الصبي عنده أصلا وكذا ليس بشرط النفاذ في الجملة حتى لو توكل عن غيره بالبيع والشراء ينفذ تصرفه وعنده لا ينفذ وهي مسألة كتاب المأذون وكذا الحرية ليست بشرط لانقضاء البيع ولا لنفاذه حتى ينفذ بيع العبد المأذون بالاجماع وينقصد بيع العبد المحجور اذا باع مال مولاه موقوفا على اجازته عندنا وكذا الملك والولاية ليس بشرط لانقضاء البيع عندنا بل هو شرط النفاذ حتى يتوقف بيع القضيولى وعنده شرط حتى لا يتوقف أصلا والمسئلة تأتي في موضعها وكذا السلام البائع ليس بشرط لانقضاء البيع ولا لنفاذه ولا لصحته بالاجماع فيجوز بيع الكافر وشراؤه وقال الشافعي اسلام المشتري شرط جواز شراء الرقيق المسلم والمصحف حتى لا يجوز ذلك من الكافر (وجه) قوله ان في تملك الكافر المسلم اذ لا لا بالمسلم وهذا لا يجوز ولهذا يجبر على بيعه عندكم ولنا عمومات البيع من غير فصل بين بيع العبد المسلم من المسلم وبين بيعه من الكافر فهو على العموم الا حيث ما خص بدليل ولان الثابت للكافر بالشراء ليس الا الملك في المسلم والكافر من أهل ان يثبت الملك له على المسلم الا ترى ان الكافر يرث العبد المسلم من أبيه وكذا اذا كان له عبد كافر فأسلم بقي ملكه فيه وهو في الحقيقة ملك مبتدأ لان الملك عرض لا بقاء له فدل ان الكافر من أهل ثبوت الملك له في المسلم وقوله فيه اذ لا لا بالمسلم قلنا الملك عندنا لا يظهر في فيه اذ لا لا بالمسلم فانه لا يظهر في حق الاستخدام والوطء والاستمتاع بالجارية المسامة وانما يظهر فيما لا ذل فيه من الاعناق والتدبير والكتابة والبيع وبه تبين ان الجبر على البيع ليس لدفع الذل اذ لا ذل على ما بينا ولكن لاحتمال وجود فعل لا يحل ذلك في الاسلام لمداوة بين المسلم والكافر واذا جاز شراء الذمي العبد المسلم فيجوز اعتناقه وتدينه واستيلاؤه وكتابته لان جواز هذه التصرفات مبني على الملك وقد وجد الا انه اذا دبره يسمى العبد في قيمته لانه لا سبيل الى ابقائه على ملكه ولا سبيل الى الازالة بالبيع لانه يبيع المدبر وانه لا يجوز فتعينت الازالة بالسعاية وكذا اذا كانت أمة فاستولدها فانها تسمى في قيمتها لما قلنا ويوجع الذمي ضرر بالوطئه المسامة لانه حرام عليه فيستحق التزير واذا كتابته لا يعترض عليه لانه ازال يده عنه حتى لو عجز ورد في الرق يجبر على بيعه وكذا الذمي اذا ملك شقصا فالحكم في البعض كالحكم في الكل ولو اشتراه مسلم من الكافر شراء فاسدا فانه يجبر على الرد لان رد القساد واجب حقا للشرع ثم يجبر الكافر على بيعه والله سبحانه وتعالى أعلم وكذا النطق ليس بشرط لانقضاء البيع والشراء ولا لنفاذهما ومجتمعا فيجوز بيع الاخرس وشراؤه اذا كانت الاشارة مفهومة في ذلك لانه اذا كانت الاشارة مفهومة في ذلك قامت الاشارة مقام عبارته هذا اذا كان الاخرس أصليا بان ولد الاخرس فاما اذا كان عارضا بان طرأ عليه الاخرس فلا الا اذا دام به حتى وقع اليأس من كلامه وصارت الاشارة مفهومة فيلحق بالاخرس الاصلى والثاني العدد في العاقد فلا يصلح الواحد عاقد من الجانبين في باب البيع الا بال بيع مال نفسه من ابنه الصغير بمثل

قيمته أو بما يتلبن الناس فيه عادة أو يشتري مال الصغير لنفسه بذلك عند أصحابنا الثلاثة استحسانا والقياس أن لا يجوز ذلك أيضا وهو قول زفر رحمه الله وجه القياس أن الحقوق في باب البيع ترجع إلى العاقد وللبيع حقوق متضادة مثل التسليم والتسلم والمطالبة فيؤدي إلى أن يكون الشخص الواحد في زمان واحد مسلماً ومتسلماً طالباً ومطالباً وهذا محال ولهذا لم يحز أن يكون الواحد وكيلاً من الجانبين في باب البيع لما ذكرنا من الاستحالة ويصلح رسولاً من الجانبين لأن الرسول لا تلزمه الحقوق فلا يؤدي إلى الاستحالة. وكذا القاضي يتولى العقد من الجانبين لأن الحقوق لا ترجع إليه فكان بمنزلة الرسول وبخلاف الوكيل في باب النكاح لأن الحقوق لا ترجع إليه فكان سفيراً محضاً بمنزلة الرسول وجه الاستحسان قوله تبارك وتعالى ولا تقر بوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن فيملكه الأب وكذا البيع والشراء بمثل قيمته وبما يتغابن الناس فيه عادة قد يكون قرناً على وجه الاحسن بحكم الحال والظاهر أن الأب لا يفعل ذلك إلا في تلك الحال لكمال شفقتة فكان البيع والشراء بذلك قرناً على وجه الاحسن وقوله يؤدي إلى الاستحالة قلنا ممنوع فإنه يجعل كأن الصبي باع أو اشترى بنفسه وهو بالغ فتعد العاقد حكماً فلا يؤدي إلى الاستحالة (وأما الوصي إذا باع مال نفسه من الصغير أو اشترى مال الصغير لنفسه فإن لم يكن فيه نفع ظاهر لا يجوز بالاجماع وإن كان فيه نفع ظاهر جاز عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد لا يجوز لأن القياس يأبى جوازه أصلاً من الأب والوصي جميعاً لما ذكرنا من الاستحالة إلا أن الأب لكمال شفقتة جعل شخصه المتحد حقيقة متمسداً ذاتاً ورأياً وعبرة والوصي لا يساويه في الشفقة فبقى الأمر فيه على أصل القياس ولا يبي حنيفة وأبي يوسف رضي الله عنهما أن تصرف الوصي إذا كان فيه نفع ظاهر لليتيم قرناً ماله على وجه الاحسن فيملكه بالنص قوله لا يمكن إلحاق الوصي بالأب لتصور شفقتة قلنا الوصي له شبهان شبه بالأب وشبه بالوكيل أما شبهه بالوكيل فلكونه أجنبياً وشبهه بالأب لكونه مرضى الأب فالظاهر أنه مرضى به إلا لو فرض شفقتة على الصغير فأثبت له الولاية عند ظهور النفع عملاً بشبه الأب وقطعنا ولا يثبت عند عدمه عملاً بشبه الوكيل عملاً بالشبهين بقدر المكان

فصل وأما الذي يرجع إلى نفس العقد فهو أن يكون القبول موافقاً للإيجاب بأن يقبل المشتري ما أوجبه البائع وبما أوجبه فان خالفه بان قبل غير ما أوجبه أو بعض ما أوجبه أو بغير ما أوجبه أو ببعض ما أوجبه لا ينعقد من غير إيجاب مبتدأ موافق ببيان هذه الجملة إذا أوجب البيع في العبد قبل في الجارية لا ينعقد وكذا إذا أوجب في العبد قبل في أحدهما بان قال بت منك هذين العبدين بألف درهم فقال المشتري قبلت في هذا العبد وأشار إلى واحد معين لا ينعقد لأن القبول في أحدهما تفرق الصفقة على البائع والصفقة إذا وقعت مجتمعة من البائع لا يملك المشتري تفرقها قبل التمام لأن من عادة التجار ضم الردي إلى الجيد وتروى بالردى وبواسطة الجيد فلو ثبت للمشتري ولاية التفرق قبل في الجيد دون الردي فيقتصر به البائع والضرب منقح ولا نغرض التروى لا يحصل إلا بالقبول فيهما جميعاً فلا يكون راضياً بالقبول في أحدهما ولأن القبول في أحدهما يكون اعراضاً عن الجواب بمنزلة القيام عن المجلس وكذا لو أوجب البيع في كل العبد قبل المشتري في نصفه لا ينعقد لأن البائع يتضرر بالتفرق لأنه يلزمه عيب الشركة ثم إذا قبل المشتري بعض ما أوجبه البائع كان هذا شراً مبتدأ من البائع فان اتصل به الإيجاب من البائع في المجلس فينظر أن كان للبعض الذي قبله المشتري حصة معلومة من الثمن جاز والأفلا بيانه إذا قال بت منك هذين الكرين بشرين درهما قبل المشتري في أحدهما وأوجب البائع جاز لأن الثمن ينقسم على المبيع باعتبار الأجزاء فيماله مثل فكان بيع الكرين بشرين يبيع كل كرين بعشرة تمائل ففزان الكرين وكذلك إذا قال بت منك هذين العبدين بألف درهم قبل المشتري في أحدهما وبين ثمنه فقال البائع بت يجوز فأما إذا لم يبين ثمنه لا يجوز وإن ابتدأ البائع الإيجاب بخلاف مسألة الكرين وسائر الأشياء المتماثلة لما ذكرنا أن الثمن في المثليات ينقسم على المبيع باعتبار الأجزاء فكان حصة كل واحد معلوماً وفيما لا مثل له لا ينقسم الثمن على المبيع باعتبار الأجزاء لا نعدم تمائل الأجزاء وإذا لم

ينقسم بقيت حصة كل واحد منهما من الثمن بمجھولة وجهالة الثمن تمنع صحة البيع هذا اذا لم يبين البائع حصة كل واحد من العبدین بأن قال بعث منك هذين العبدین بألف درهم فاما اذا بین بأن قال بعث منك هذين العبدین هذا بألف وهذا بخمسةائة فقبل المشتري في أحدهما دون الآخر جاز البيع لا نعدم تفریق الصفقة من المشتري بل البائع هو الذي فرق الصفقة حيث سمي لكل واحد منهما ثمنا على حدة وعلم انه لا ضرر له فيه ولو كان فهو ضرر مرضي به وانه غير مدفوع وكذا اذا أوجب البيع في شيء بألف فقبل فيه بخمسةائة لا ينعقد وكذا لو أوجب بخمسةائة فقبل بخمسة أجزاها لا ينعقد الا اذا رضي البائع به في المجلس وعلى هذا اذا خاطب البائع رجلين فقال بعثك هذا العبد أو هذين العبدین فقبل أحدهما دون الآخر لا ينعقد لانه أضاف الإيجاب في العبدین أو عبداً واحداً إليهما جميعاً فلا يصلح جواب أحدهما جواباً للإيجاب وكذا لو خاطب المشتري رجلين فقال اشتريت منك هذا العبد بكذا فأوجب في أحدهما لم ينعقد لما قلنا

فصل في وأما الذي يرجع الى مكان العقد فواحد وهو اتحاد المجلس بان كان الإيجاب والقبول في مجلس واحد فان اختلف المجلس لا ينعقد حتى لو أوجب أحدهما البيع فقام الآخر عن المجلس قبل القبول أو اشتغل بعمل آخر يوجب اختلاف المجلس ثم قبل لا ينعقد لان القياس أن لا يتأخر أحد الشرطين عن الآخر في المجلس لانه كما وجد أحدهما انعدم في الثاني من زمان وجوده فوجد الثاني والاول منعدم فلا ينتظم الركن الا ان اعتبار ذلك يؤدي الى انسداد باب البيع فتوقف أحد الشرطين على الآخر حكماً وجعل المجلس جامعاً للشرطين مع تفرقهما للضرورة وحق الضرورة يصير مقضياً عند اتحاد المجلس فاذا اختلف لا يتوقف وهذا عندنا وعند الشافعي رحمه الله القور مع ذلك شرط لا ينعقد الركن بدونه (وجه) قوله ما ذكرنا ان القياس أن لا يتأخر أحد الشرطين عن الآخر والتأخر لمكان الضرورة وانها تندفع بالقور (ولنا) ان في ترك اعتبار القور ضرورة لان القابل يحتاج الى التأمل ولو اقتصر على القور لا يمكنه التأمل وعلى هذا اذا تبايعا وهما عريان أو يسيران على دابتين أو دابة واحدة في محل واحد فان خرج الإيجاب والقبول منهما متصلين انعقد وان كان بينهما فصل وسكوت وان قل لا ينعقد لان المجلس تبدل بالمشي والسير وان قل ألا ترى انه لو قرأ آية سجدة وهو عشي على الأرض أو يسير على دابة لا يصلي عليها مراراً يلزمه لكل قراءة سجدة وكذا لو خيرا مرأته وهي عشي على الأرض أو تسير على دابة لا يصلي عليها فشت أو سارت يبطل خيارها لتبدل المجلس وان اختارت نفسها متصلاً بتخيير الزوج صح اختيارها لان المجلس لم يتبدل فكذا هما ولو تبايعا وهما واقفان انعقد لاتحاد المجلس ولو أوجب أحدهما وهما واقفان فسار الآخر قبل القبول أو سارا جميعاً ثم قبل لا ينعقد لانه لما سارا فسار فقد تبدل المجلس قبل القبول فلم يجتمع الشرطان في مجلس واحد ولو وقفا فخير امرأته ثم سارا الزوج وهي واقفة فاختار في يدها ولو سارت هي والزوج واقف بطل خيارها فالعبرة بمجلسها لان المجلس الزوج وفي باب البيع يعتبر مجلسهما جميعاً لان التخيير من قبل الزوج لازم ألا ترى انه لا يملك الرجوع عنه فلا يبطل بالاعراض وأحد الشرطين في باب البيع لا يلزم قبل قبول الآخر فاحتمل البطلان بالاعراض ولو تبايعا وهما في سفينة ينعقد سواء كانت واقفة أو جارية خرج الشرطان متصلين أو منفصلين بخلاف المشي على الأرض والسير على الدابة لان جريان السفينة بجران الماء لا باجرائه ألا ترى ان راكب السفينة لا يملك وقفها فلم يكن جريانهما مضاًفاً اليه فلم يختلف المجلس فأشبه البيت بخلاف المشي والسير أما المشي فظاهر لانه فعله وكذا سير الدابة مضاًفاً اليه ألا ترى انه لو سيرها سارت ولو وقفها وقفت فاختلف المجلس بسيرها ولهذا ذكر رؤية السجدة في السفينة وهي جارية لا يلزمه الا سجدة واحدة كما لو كررها في بيت واحد وكذا لو خيرا امرأته في السفينة وهي جارية فهي على خيارها ما لم يوجد منها دليل الاعراض وعلى هذا اذا أوجب أحدهما البيع والآخر غائب قبله فقبل لا ينعقد بان قال بعث عبدی هذا من فلان انائب بكذا قبله فقبل ولو قبل عنه قابل ينعقد والاصل في هذا ان أحد الشرطين من أحد العاقدين في باب البيع يتوقف على الآخر في المجلس ولا يتوقف على الشرط الآخر من العاقد الآخر فيما وراء المجلس بالاجماع الا اذا

كان عنه قابل أو كان بالرسالة أو بالكتابة أما الرسالة فهي أن يرسل رسولا إلى رجل ويقول للرسول اني بعث عبدى هذا من فلان الغائب بكذا فاذهب اليه وقل له ان فلانا أرسلنى اليك وقال لى قل له انى قد بعث عبدى هذا من فلان بكذا فاذهب الرسول وبلغ الرسالة فقال المشتري في مجلسه ذلك قبلت انعقد البيع لان الرسول سفير ومعبر عن كلام المرسل ناقل كلامه الى المرسل اليه فكانه حضر بنفسه فوجب البيع وقبل الاخر في المجلس وأما الكتابة فهي أن يكتب الرجل الى رجل أما بعد فقد بعث عبدى فلانا منك بكذا فبلغه الكتاب فقال في مجلسه اشترى لان خطاب الغائب كتابه فكانه حضر بنفسه وخطب بالايجاب وقبل الاخر في المجلس ولو كتب شطر العقد ثم رجع صح رجوعه لان الكتاب لا يكون فوق الخطاب ولو خطب ثم رجع قبل قبول الاخر صح رجوعه فهنا أولى وكذا لو أرسل رسولا ثم رجع لان الخطاب بالرسالة لا يكون فوق المشافهة وذات محتمل للرجوع فهنا أولى وسواء علم الرسول رجوع المرسل أو لم يعلم بخلاف ما اذا وكل انسانا ثم عزله بغير علمه لا يصح عزله لان الرسول يحكى كلام المرسل وينقله الى المرسل اليه فكان سفيراً ومعبراً محضاً فلم يشترط علم الرسول بذلك فاما الوكيل فاما يتصرف عن تفويض الموكل اليه فشرط علمه بالعزل صيانة له عن التعزير على ما ذكره في كتاب الوكالة وكذا هذا في الاجارة والكتابة ان اتحاد المجلس شرط للاعقاد ولا يتوقف أحد الشرطين من أحد العاقلين على وجود الشطر الآخر اذا كان غائبا لان كل واحد منهما مقدم معاوضة الا اذا كان عن الغائب قابل أو بالرسالة أو بالكتابة كما في البيع وأما في النكاح فهل يتوقف بان يقول رجل للشهود اشهدوا انى قد تزوجت فلانة بكذا وبلغها فاجازت أو قالت امرأة اشهدوا انى زوجت نفسى من فلان بكذا فبلغه فاجاز عند أبى حنيفة ومحمد لا يتوقف أيضاً الا اذا كان عن الغائب قابل وعند أبى يوسف يتوقف وان لم يقبل عنه أحد وكذا الفضولى من الجانبين بان قال زوجت فلانة من فلان وهما غائبان فبلغهما فاجاز لم يحز عندهما وعند أبى يوسف يجوز وهذه مسألة كتاب النكاح والفضولى من الجانبين في باب البيع اذا بلغهما فاجاز لم يحز بالاجماع والله سبحانه وتعالى أعلم وأما الشطر في باب الخلع فمن جانب الزوج يتوقف بالاجماع حتى لو قال خالعت امرأتى الغائبة على كذا فبلغه الخبر قبلت جاز وأما من جانب المرأة فلا يتوقف بالاجماع حتى لو قالت اختلعت من زوجى فلان الغائب على كذا فبلغه الخبر فاجاز لم يحز ووجه الفرق أن الخلع في جانب الزوج يمين لانه تعليق الطلاق بقبول المال فكان يميناً ولهذا لا يملك الرجوع عنه وتصح فيه الاضافة الى الوقت والتعليق بالشرط بان يقول الزوج خالعتك غدا وان قدم فلان فقد خالعتك على كذا واذا كان يميناً فغيبية المرأة لا تمنع صحة اليمين كما في التعليق بدخول الدار وغير ذلك وأما من جانب المرأة فهو معاوضة ولهذا لا يصح تعليقه بالشرط من جانبها ولا تصح اضافته الى وقت وتملك الرجوع قبل اجازة الزوج واذا كان معاوضة فالشرط في المعاوضات لا يتوقف كما في البيع وغيره وكذا الشطر في اعتاق العبيد على مال من جانب المولى يتوقف اذا كان العبد غائبا ومن جانب العبد لا يتوقف اذا كان المولى غائبا لانه من جانبه تعليق العتق بالشرط ومن جانب العبد معاوضة والاصل ان في كل موضع لا يتوقف الشطر على ما وراء المجلس يصح الرجوع عنه ولا يصح تعليقه بالشرط وضافته الى الوقت كما في البيع والاجارة والكتابة وفي كل موضع يتوقف الشطر على ما وراء المجلس لا يصح الرجوع عنه ويصح تعليقه بالشرط وضافته الى الوقت كما في الخلع من جانب الزوج والاعتاق على مال من جانب المولى والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما الذى يرجع الى المعقود عليه فانواع (منها) أن يكون موجوداً فلا ينعقد بيع المعدوم وماله خطر العدم كبيع نتاج النخيل بان قال بعث ولدك هذه الناقة وكذا بيع الحمل لانه ان باع الولد فهو بيع المعدوم وان باع الحمل فله خطر المعدوم وكذا بيع اللبن في الضرع لانه له خطر لاحتمال انتفاخ الضرع وكذا بيع التمر والزروع قبل ظهوره لانها معدوم وان كان بعد الطلوع جاز وان كان قبل بدو صلاحهما اذا لم يشترط الترك ومن مشايخنا من قال لا يجوز

الا اذا صار بحال ينتفع به بوجه من الوجوه فان كان بحيث لا ينتفع به أصلاً لا ينقذ واحتجوا بما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه نهى عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها ولأنه اذا لم يبد صلاحها لم تكن منتفعاً بها فلا تكون مالا فلا يجوز بيعها وهذا خلاف الرواية فان محمداً ذكر في كتاب الزكاة في باب العشر أنه لو باع الثمار في أول ما تطلع وتركها باء البائع حتى أدركت فالعشر على المشتري ولو لم يحجز بيعها حين ما طلعت لما وجب عشرها على المشتري والدليل على جواز بيعه ما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال من باع نخلاً مؤبرة فثمرته للبائع إلا أن يشترطها المبتاع جعل الثمرة للمشتري بالشرط من غير فصل بين ما اذا بد صلاحها ولا دل أنها محل البيع كيف ما كان والمعنى فيه وهو أنه باع ثمرة موجودة وهي بعرض أن تصير منتفعاً بها في الثاني وإن لم يكن منتفعاً بها في الحال فيجوز بيعها كبيع جر والكلب على أصلنا وبيع المهر والجنح والارض السبخة والنهي محمول على بيع الثمار مدركة قبل ادراكها بأن باعها ثم راو هي سرأوباعها عن باو هي حصرم دليل صحة هذا التأويل قوله عليه الصلاة والسلام في سياق الحديث أريت أن منع الله الثمرة بمستحل أحدكم مال صاحبه ولقطة المنع تقتضي أن لا يكون ما وقع عليه البيع موجوداً لأن المنع منع الوجود وما يوجد من الزرع بعضه بعد بعض كالبطيخ والباذنجان فيجوز بيع ما ظهر منه ولا يجوز بيع ما لم يظهر وهذا قول عامة العلماء رضى الله عنهم وقال مالك رحمه الله اذا ظهر فيه الخارج الاول يجوز بيعه لأن فيه ضرورة لأنه لا يظهر الكل دفعة واحدة بل على التعاقب بعضها بعد بعض فلو لم يحجز بيع الكل عند ظهور البعض لوقع الناس في الحرج (ولنا) أن ما لم يظهر منه معدوم فلا يحتمل البيع ودعوى الضرورة والحرج ممنوعة فإنه يمكنه أن يبيع الاصل بما فيه من الثمر وما يحدث منه بعد ذلك يكون ملك المشتري وقد روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحبل وحبل الحبل وروى حبل الحبل وهو بمعنى الاول وانما زيادة الهاء للتأكيد والمبالغة وروى حبل الحبل بحفظ الهاء من الكلمة الأخيرة والحيلة هي الحبل فكان نهياً عن بيع ولد الحبل وروى عنه عليه الصلاة والسلام أنه نهى عن بيع اللبن في الضرع وبيع عسب الفحل لأن عسب الفحل ضرابه وهو عند العقد معدوم وقد روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن عسب الفحل ولا يمكن حمل النهي على نفس العسب وهو الضراب لأن ذلك جائز بالاعارة فيحمل على البيع والاعارة إلا أنه حذف ذلك واضمره فيه كما في قوله تعالى واسأل القرية وغير ذلك ولا يجوز بيع الدقيق في الخنطة والزيت في الزيتوت والدهن في السمس والعصير في العنب والسمن في اللبن ويجوز بيع الخنطة وسائر الحبوب في سنبليها لأن بيع الدقيق في الخنطة والزيت في الزيتون ونحو ذلك بيع المعدوم لأنه لا دقيق في الخنطة ولا زيت في الزيتون لأن الخنطة اسم للمركب والدقيق اسم للمفروق فلا دقيق في حال كونه خنطة ولا زيت حال كونه زيتوناً فكان هذا بيع المعدوم فلا ينقذ بخلاف بيع الخنطة في سنبليها لأن ما في السنبيل خنطة اذهى اسم للمركب وهي في سنبليها على تركيبتها فكان بيع الموجود حتى لو باع بن الخنطة في سنبليها دون الخنطة لا ينقذ لأنه لا يصير تبناً إلا بالعلاج وهو الدق فلم يكن تبناً قبله فكان بيع المعدوم فلا ينقذ وبخلاف بيع الجذع في السقف والآجر في الحائط وذراع من كرباس أو ديباج أنه ينقذ حتى لو نزع وقطع وسلم الى المشتري يحجز على الاخذ وهما لا ينقذ أصلاً حتى لو طحن أو عصر وسلم لا يحجز المشتري على القبول لأن عدم النفاذ هناك ليس خلل في الركن ولا في العاقد والمقود عليه بل المضرة تليحق العاقد بالزرع والقطع فاذا نزع وقطع فقد زال المانع فنفاذ ما ههنا فالمقود عليه معدوم حالة العقد ولا يتصور انعقاد العقد بدونه فلم ينقذ أصلاً فلا يحتمل النفاذ فهو الفرق وكذا بيع البز في البطيخ الصحيح لأنه بمنزلة الزيت في الزيتون وبيع النوى في التمر وكذلك بيع اللحم في الشاة الحية لأنها اذا تصير لحماً بالذبح والسليخ فكان بيع المعدوم فلا ينقذ وكذا بيع الشحم الذي فيها والينها واكلها وأرأسها لما قلنا وكذا بيع البحير في السمسم لأنه انما يصير بحيراً بعد العصر وعلى هذا يخرج ما اذا قال بعتك هذا الباقوت بكذا فاذا هوز جاج أو قال بعتك هذا القصب على أنه باقوت بكذا فاذا هوز جاج

أوقال بعثك هذا الثوب المروى بكذا فاذا هو مروى أوقال بعثك هذا الثوب على أنه مروى فاذا هو مروى لا ينعقد البيع في هذه المواضع لأن المبيع معدوم والاصل في هذا أن الإشارة مع التسمية إذا اجتمعتا في باب البيع فيا يصلح محل البيع ينظر أن كان المشار إليه من خلاف جنس المسمى فالعبرة للتسمية ويتعلق العقد بالمسمى وإن كان من جنسه لكن بخلافه في الصفة فإن تعايش التفاوت بينهما فالعبرة للتسمية أيضاً عندنا ويلحقان بمختلفي الجنس وإن قل التفاوت فالعبرة للمشار إليه ويتعلق العقد به وإذا عرف هذا فقول الياقوت مع الزجاج جنسان مختلفان وكذا المروى مع المروى نوعان مختلفان فيتعلق العقد فيه بالمسمى وهو معدوم فيبطل ولا ينعقد ولو قال بعثك هذا العبد فاذا هو جارية لا ينعقد عند أصحابنا الثلاثة رحمهم الله وعند زفر رحمه الله يجوز (وجه) قوله أن المسمى ههنا من جنس المشار إليه أعني العبد والجارية وإنما يختلفان في صفة الذكورة والانوثة وهذا لا يمنع تعلق العقد بالمشار إليه كما إذا قال بعثك هذه الشاة على أنها نعجة فاذا هي كبش (ولنا) أنهما جنسان مختلفان في المعنى لا اختلاف جنس المنفعة المطلوبة باختلاف فاحشا فالتحقق بمختلفي الجنس حقيقة بخلاف النعجة مع الكبش لأنهما اتفاقا جنسا ذاتا ومعنى اما ذاتا فظاهر لأن اسم الشاة يتناولهما وأما معنى فلا أن المطلوب من كل واحد منهما منفعة الاكل فتجانسا ذاتا ومنفعة فتعلق العقد بالمشار إليه وهو موجود محل البيع فجاز بيعه ولكن المشتري بالخيار لأنه فاتته صفة مرغوبة فأوجب ذلك خلافاً في الرضا فثبت له الخيار وكذا لو باع داراً على أن يبنها أجر فاذا هو لبن لا ينعقد لأنهما يتفاوتان في المنفعة تفاوتاً فاحشاً فكانا كالجنسين المختلفين وكذا لو باع ثوباً على أنه مصبوع بمصفر فاذا هو مصبوع بزعفران لا ينعقد لأن العصفور مع الزعفران مختلفان في اللون اختلافاً فاحشاً وكذا لو باع حنطة في جولى فاذا هو دقيق أو شرط الدقيق فاذا هو خبز لا ينعقد لأن الحنطة مع الدقيق جنسان مختلفان وكذا الدقيق مع الخبز ألا ترى أن من غصب من آخر حنطة وطحنها ينقطع حق الملك دل أنها تصير بالطحن شيئاً آخر فكان بيع المعدوم فلا ينعقد وإن قال بعثك هذه الشاة على أنها ميتة فاذا هي ذكيرة جاز بالاجماع لأن الميتة ليست بمحل للبيع فلفت التسمية وبقيت الإشارة إلى الذكيرة ولو قال بعثك هذا الثوب القز فاذا هو ماعز ينظر أن كان سداً من القز ولحمته من غيره لا ينعقد وإن كان لحمته من القز فالبيع جائز لأن الاصل في الثوب هو اللحم لأنه إنما يصير ثوباً فاذا كانت لحمته من غير القز فقد اختلف الجنس فكانت العبرة للتسمية والمسمى معدوم فلم ينعقد البيع وإذا كانت من القز فالجنس لم يختلف فتعتبر الإشارة والمشار إليه موجود فكان محل البيع إلا أنه يثبت الخيار للمشتري لأن كون السدى منه أمر مرغوب فيه وقد فات فوجب الخيار وكذلك إذا قال بعثك هذا الثوب الخبز بكذا فاذا هو ملح فهو على التفصيل إلا أن لحمته إذا كانت خرا وسداً من غيره حتى جاز البيع فقد قيل أنه ينبغي أن لا يثبت الخيار للمشتري ههنا لأن الخبز هكذا ينسج بخلاف القز ولو باع جبة على أن بطاؤها وظهارتها كذا وحشوها كذا فإن كانت الظهارة من غير ما شرط لا ينعقد البيع وإن كانت البطانة والحشوم ما شرط وإن كانت الظهارة مما شرط جاز البيع وإن كانت البطانة والحشوم غير ما شرط لأن الاصل هو الظهارة ألا ترى أنه ينسب الثوب إليها ويختلف الاسم باختلافها وإنما البطانة تجري مجرى التابع لها وكذا الحشو فكان المعقود عليه هو الظهارة وما سواها جاري مجرى الوصف لها فقوله لا يمنع الجواز ولكنه بوجب الخيار لأنه فات شيء مرغوب فيه ولو قال بعثك هذه الدار على أن فيها بناء فاذا لا بناء فيها فالبيع جائز والمشتري بالخيار إن شاء أخذ بجميع الثمن وإن شاء ترك ففرق بين هذا وبين ما إذا قال بعثك هذه الدار على أن يبنها أجر فاذا هو لبن لا ينعقد (وجه) الفرق أن الأجر مع اللبن يتفاوتان في المنفعة تفاوتاً فاحشاً فالتحقق بمختلفي الجنس على ما بينا فيما تقدم (ومنها) أن يكون مالا لأن البيع مبادلة المال بالمال فلا ينعقد بيع الحر لأنه ليس بمال وكذا بيع أم الولد لأنها حرة من وجه لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال أعتقها ولدها وروى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال في أم الولد لا تباع ولا توهب وهي حرة من الثلث نفى عليه الصلاة والسلام جواز بيعها مطلقاً وسماها حرة فلا تكون مالا على الإطلاق خصوصاً على أصل أبي

حنيفة رضى الله عنه لان الاستيلاء يوجب سقوط المالية عنده حتى لا تضمن بالنصب والبيع الفاسد والاعتاق وانما تضمن بالقتل لا غير لان ضمان القتل ضمان الدم لا ضمان المال والمسئلة تأتي في موضعها ان شاء الله تعالى ولا بيع المدبر المطلق عندنا وقال الشافعي عليه الرحمة يبيع المدبر جائز واحتج بما روى عن جابر بن عبد الله رضى الله عنه أن النبي عليه الصلاة والسلام أجاز بيع المدبر وعن سيدتنا عائشة رضى الله عنها أنها دبرت مملوكها ففوضت عليها فباعتها ولان التدبير تعليق العتق بالموت والمعلق بالشرط عدم قبل وجود الشرط فلم يكن العتق ثابتاً أصلاً قبل الموت فيجوز بيعه كما اذا علق عتق عبده بدخول الدار ونحو ذلك ثم باعه قبل أن يدخل الدار وكما في المدبر المقيد (ولنا) ما روى أبو سعيد الخدري وجابر بن عبد الله الانصاري رضى الله عنهما أن النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع المدبر ومطلق النهي محمول على التحريم وروى عن عبد الله بن سيدنا عمر رضى الله عنهما أن النبي عليه الصلاة والسلام قال المدبر لا يباع ولا يوهب وهو حر من الثلث وهذا نص في الباب ولانه حر من وجه فلا يجوز بيعه كام الولد والدليل على انه حر من وجه الاستدلال بضرورة الاجماع وهو انه يعتق بعد الموت بالاجماع والحرية لا بد لها من سبب وليس ذلك الا الكلام السابق وليس هو بتحرير بعد الموت لان التحرير فعل اختياري وانه لا يتحقق من الميت فكان تحرير ام من حين وجوده فكان ينبغى ان تثبت به الحرية من كل وجه للحال الا أنها تأخرت من وجه الى آخر جزء من أجزاء حياته بالاجماع ولا اجماع على التأخير من وجه فبقية الحرية من وجه ثابتة للحال فلا يكون مالا مطلقاً فلا يجوز بيعه وحديث جابر وسيدتنا عائشة رضى الله عنهما حكاية فعل يحتمل انه أجاز عليه الصلاة والسلام بيع مد مقيداً أو باع مدبراً مقيداً ويحتمل أن يكون المراد منه الاجارة لان الاجارة بلغة أهل المدينة تسمى بيعاً ويحتمل انه كان في ابتداء الاسلام حين كان يبيع المدبر مرسراً وعائماً نسخ فلا يكون حجة مع الاحتمال (وأما) المدبر المقيد فهناك لا يمكن أن يجعل الكلام السابق ايجاباً من حين وجوده لانه علق عتقه بموت موصوف بصفة واحتمل أن يموت من ذلك المرض والسفر أولاً فكان الخطر قائماً فكان تعليقاً فلم يكن ايجاباً مادام الخطر قائماً ومتى اتصل به الموت يظهر انه كان تحريراً من وجه من حين وجوده لكن لا يتعلق به حكم والله سبحانه وتعالى أعلم ولا يبيع المكاتب لانه حر يد افلا تثبت يد تصرف الغير عليه ولا يبيع معتق البعض موسراً كان المعتق أو معسراً عند أصحابنا الثلاثة رضى الله عنهم لانه بمنزلة المكاتب عند أبي حنيفة رضى الله عنه وعندهما هو حر عليه دين (وأما) عند الشافعي رضى الله عنه فان كان المعتق معسراً فليس يملكه الساكت أن يبيع نصيبه بناء على أصله أن المعتق ان كان معسراً فلا عتاق منه جز فبقي نصيب شريكه على ملكه فيجوز له بيعه وكل جواب عرفته في هؤلاء فهو الجواب في الاولاد من هؤلاء لان الولد يحدث على وصف الام ولهذا كان ولد الحر حر او ولد الام مرقياً وكما لا ينقد بيع المكاتب وولده المولود في الكتابة لا ينقد بيع ولده المشتري في الكتابة ووالدته لانهم تكتابوا بالشراء (وأما) من سواهم من ذوى الارحام اذا اشتراهم يجوز بيعهم عند أبي حنيفة رضى الله عنه لانهم لم يكتابوا بالشراء وعند أبي يوسف ومحمد لا يجوز لانهم تكتابوا وهي مسألة كتاب المكاتب ولا ينقد بيع الميتة والدم لانه ليس بمال وكذلك ذبيحة الجوسى والمرتد والمشرية لانها ميتة وكذا متروك التسمية عمداً عندنا خلافاً للشافعي وهي مسألة كتاب الذبايح وكذا ذبيحة الجنون والصبي الذي لا يعقل لانها في معنى الميتة وكذا ما ذبح من صيد الحرم محرماً كان الذابح أو حلالاً وما ذبحه الحرم من الصيد سواء كان صيد الحرم أو الحلال لان ذلك ميتة ولا ينقد بيع صيد الحرم محرماً كان البائع أو حلالاً لانه حرام الانتفاع به شرعاً فلم يكن مالا ولا يبيع صيد الحرم سواء كان صيد الحرم أو الحلال لانه حرام الانتفاع به في حقه فلا يكون مالا في حقه ولو وكل محرماً حلالاً لا يبيع صيد فباعه فالبيع جائز عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد باطل وهو على اختلافهم في مسلم وكل ذمياً يبيع محرماً فباعها (وجه) قولهما ان البائع هو الموكل معنى لان حكم البيع يقع له والحرم ممنوع عن تملك الصيد وتملكه (وجه) قول أبي حنيفة رضى الله عنه أن البائع في الحقيقة هو الوكيل لان بيعه كلامه القائم به حقيقة

ولهذا ترجع حقوق العقد اليه إلا أن الموكل يقوم مقامه شرعاً في نفس الحكم مع اقتضار نفس التصرف على مباشرة حقيقة والحرم من أهل ثبوت الملك له في الصيد حكماً لا يملكه حقيقة ألا يرى أنه يرثه وهذا لأن المنع إنما يكون عما للعبد فيه صنع ولا يصنع له فيما ثبت حكماً فلا يحتل المنع ولو باع حلالاً حلالاً صيداً ثم أحرم أحدهما قبل القبض يفسخ البيع لأن الأحرام كما يمنع البيع والشراء يمنع التسليم والقبض لأنه عقد من وجهه على ما عرف فيلحق به في حق الحرمة احتياطاً ولو وكل حلالاً حلالاً لا يبيع صيداً فباعه ثم أحرم الموكل قبل قبض المشتري فعلى قياس قول أبي حنيفة رحمه الله جاز البيع وعلى قياس قوله ما يبطل لأن الأحرام القائمة لا يمنع من جواز التوكيل عنده فالطاري لا يبطله وعندهما القائم يمنع فالطاري يبطله حلالاً لا تباعاً صيداً في الحل وهما في الحرم جاز عند أبي حنيفة وعند محمد لا يجوز (وجهه) قول محمد أن كون الحرم مأمناً يمنع من التعرض للصيد سواء كان المتعرض في الحرم أو الحل بعد أن كان المتعرض في الحرم ألا ترى أنه لا يحمل للحلال الذي في الحرم أن يرمى إلى الصيد الذي في الحل كما لا يحمل له أن يرمى إليه إذا كان في الحرم (وجهه) قول أبي حنيفة رضي الله عنه أن كونه في الحرم يمنع من التعرض لصيد الحل لكن حسلاً لا شرعاً دليل أن الحلال في الحرم إذا أمر حلالاً آخر بذي صيد في الحل جاز ولو ذبح حلأ كله ومعلوم أن الأمر بالذبح في معنى التعرض للصيد فوق البيع والشراء فلما لم يمنع من ذلك فلائ لا يمنع من هذا أولى وهذا لأن المنع من التعرض إنما كان احتراماً للحرم فكل ما فيه ترك احترامه يجب صيانة الحرم عنه وذلك بمباشرة سبب الإيذاء في الحرم ولم يوجد في البيع والله سبحانه وتعالى أعلم ولا يبيع لحم السبع لأنه لا يباح الانتفاع به شرعاً فلم يكن مالا وروى عن أبي حنيفة رضي الله عنه أنه يجوز بيعه إذا ذبح لأنه صار طاهراً بالذبح وأما جلد السبع والحمار والبغل فإن كان مدبوغاً أو مذبوخاً يجوز بيعه لأنه مباح الانتفاع به شرعاً فكان مالا وإن لم يكن مدبوغاً ولا مذبوخاً لا ينعقد بيعه لأنه إذا لم يدبغ ولم يذبح بقيت رطوبات الميتة فيه فكان حكمه حكم الميتة ولا ينعقد بيع جلد الخنزير كيف ما كان لأنه نجس العين بجميع أجزائه وقيل إن جلده لا يحتل الدباغ وأما عظم الميتة وعصبها وشعرها وصوفها وبرها وريشها وخفها وظلفها وحافرها فيجوز بيعها والانتفاع بها عندنا وعند الشافعي رحمه الله لا يجوز بناء على أن هذه الأشياء طاهرة عندنا وعند نجسة واحتج بقوله سبحانه وتعالى حرمت عليكم الميتة وهذه من أجزائها الميتة فتكون حراماً فلا يجوز بيعها وقال عليه الصلاة والسلام لا تنتفعوا من الميتة باهاب ولا عصب (ولنا) قوله سبحانه وتعالى والله جعل لكم من بيوتكم سكناً إلى قوله عز وجل ومن أصوافها وأوبارها الآية أخبر سبحانه وتعالى أنه جعل هذه الأشياء لنا ومن علينا بذلك من غير فصل بين الذكية والميتة فيدل على تأكد الإباحة ولأن حرمة الميتة ليست لموتها فإن الموت موجود في السمك والجراد وهما حلالان قال عليه الصلاة والسلام أحل لنا ميتتان ودمان بل لما فيها من الرطوبات السائلة والدماء النجسة لا نجسها بالموت ولهذا يظهر الجدل بالدباغ حتى يجوز بيعه لزال الرطوبة عنه ولا رطوبة في هذه الأشياء فلا تكون حراماً ولا حجة له في هذا الحديث لأن الإهاب اسم أمير المدبوغ لغة والمراد من العصب حال الرطوبة يحمل عليه توفيقاً بين الدلائل وأما عظم الخنزير وعصبه فلا يجوز بيعه لأنه نجس العين وأما شعره فقد روى أنه طاهر يجوز بيعه والصحيح أنه نجس لا يجوز بيعه لأنه جزء منه إلا أنه رخص في استعماله للخرازين للضرورة وأما عظم الأدمى وشعره فلا يجوز بيعه لأنه نجس لأنه طاهر في الصحيح من الرواية لكن احتراماً له لا ابتداءً بالبيع يشعر بالاهانة وقد روى عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال لعن الله الواصلة والمستوصلة وأما عظم الكلب وشعره فقد اختلف المشايخ فيه على الأصل الذي ذكرنا وروى عن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله أنه لا بأس ببيع عظم الفيل والانتفاع به وقال محمد رحمه الله عظم الفيل نجس لا يجوز بيعه ولا الانتفاع به ذكره في العيون ويجوز بيع كل ذي مخلب من الطير معلماً كان أو غير معلم بلا خلاف وأما بيع كل ذي ناب من السباع سوى الخنزير كالكلب والقط والاسد والنمر والذئب والهر ونحوها فحائز عند أصحابنا وعند الشافعي

رحمه الله لا يجوز ثم عندنا لا فرق بين المعلم وغير المعلم في رواية الاصل فيجوز بيعه كيف ما كان وروى عن أبي يوسف رحمه الله انه لا يجوز بيع الكلب العقور احتج الشافعي رحمه الله بما روى عن النبي المكرم عليه الصلاة والسلام انه قال ومن السحت مهر البغي وثن الكلب ولو جاز بيعه لما كان ثمنه سحتا ولا نه نجس العين فلا يجوز بيعه كالخنزير الا انه رخص الانتفاع به بجهة الحراسة والاصطيد للحاجة والضرورة وهذا لا يدل على جواز البيع كما في شعر الخنزير (ولنا) ان الكلب مال فكان محلا للبيع كالصقر والبازي والدليل على انه مال انه منتفع به حقيقة مباح الانتفاع به شرعا على الاطلاق فكان مالا ولا شك انه منتفع به حقيقة والدليل على انه مباح الانتفاع به شرعا على الاطلاق ان الانتفاع به بجهة الحراسة والاصطيد مطلق شرعا في الاحوال كلها فكان محلا للبيع لان البيع اذا صادف محلا منتفعا به حقيقة مباح الانتفاع به على الاطلاق مست الحاجة الى شرعه لان شرعه يقع سببا ووسيلة للاختصاص القاطع للمنازعة اذا الحاجة الى قطع المنازعة فيما يباح الانتفاع به شرعا على الاطلاق لا فيما يجوز (وأما) الحديث فيحتمل انه كان في ابتداء الاسلام لانهم كانوا ألقوا اقتناء الكلاب فأمر بقتلها ونهى عن بيعها مبالغة في الزجر أو يحمل على هذا توفيقا بين الدلائل قوله انه نجس العين قلنا هذا ممنوع فانه يباح الانتفاع به شرعا على الاطلاق اصطيدا وحراسة ونجس العين لا يباح الانتفاع به شرعا الا في حالة الضرورة كالخنزير ولا ينعقد بيع الخنزير من المسلم لانه ليس بمال في حق المسلمين فأما أهل الذمة فلا يمنعون من بيع الخمر والخنزير أما على قول بعض مشايخنا فلا نه مباح الانتفاع به شرعا لم كالخل وكالشاة لانا فكان مالا في حقهم فيجوز بيعه وروى عن سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه كتب الى عشاره بالشام أن ولو هم بيعها وخذوا العشر من ثمنها ولو لم يحز بيع الخمر منهم لما أمرهم بتوليتهم البيع وعن بعض مشايخنا حرمة الخمر والخنزير ثابتة على العموم في حق المسلم والكافر لان الكفار مخاطبون بشرائع هي حرمات هو الصحيح من مذهب أصحابنا فكانت الحرمة ثابتة في حقهم لكنهم لا يمنعون عن بيعها لانهم لا يعتقدون حرمتها و يتمولونها ونحن أمرنا بتركهم وما يدعون ولو باع ذمي من ذمي خمر أو خنزير أو ثمن أسما أو أسلم أحدهما قبل القبض يفسخ البيع لانه بالاسلام حرم البيع والشراء في حرم القبض والتسليم أيضا لانه يشبه الانشاء أو انشاء من وجهه فيلحق به في باب الحرمات احتياطا وأصله قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا ما بقى من الربا ان كنتم مؤمنين والامر بترك ما بقى من الربا هو النهي عن قبضته يؤيده قوله تعالى في آخر الآية الشريفة وان تبتم فلكم رؤس أموالكم لا تظلمون ولا تظلمون واذا حرم القبض والتسليم لم يكن في بقاء العقد فائدة فيبطله القاضي كمن باع عبدا فأبق قبل القبض ولو كان اسلامهما أو اسلام أحدهما بعد القبض مضى البيع لان الملك قد ثبت على الكمال بالعقد والقبض في حالة الكفر وانما يوجد بعد الاسلام دوام الملك والاسلام لا ينافي ذلك فان من تخمر عصيره لا يؤمر بإبطال ملكه فيها ولو أقرض الذمي ذميا خمر أو أسلم أحدهما فأن أسلم المقرض سقطت الخمر ولا شيء له من قيمة الخمر على المستقرض أما سقوط قيمة الخمر فلان العجز عن قبض المثل جاء من قبله فلا شيء له وان أسلم المقرض روى عن أبي يوسف عن أبي حنيفة رحمه الله انه تسقط الخمر وليس عليه قيمة الخمر أيضا كما لو أسلم المقرض وروى محمد وزفر وعافية بن زياد القاضي عن أبي حنيفة رضي الله عنهم ان عليه قيمة الخمر وهو قول محمد رحمه الله (وجه) هذه الرواية ان امتناع التسليم من المستقرض انما جاء لمعنى من قبله وهو اسلامه فكانه استهلك عليه خمره والمسلم اذا استهلك خمر الذمي يضمن قيمته (وجه) رواية أبي يوسف رحمه الله انه لا سبيل الى تسليم المثل لانه يمنع منه ولا الى القيمة لان ذلك يوجب ملك المستقرض والاسلام يمنع منه والله سبحانه وتعالى أعلم وأما القرذ فعن أبي حنيفة رضي الله عنه روايتان (وجه) رواية عدم الجواز انه غير منتفع به شرعا فلا يكون مالا كالخنزير (وجه) رواية الجواز انه ان لم يكن منتفعا به ذاته يمكن الانتفاع بمجده والصحيح هو الاول لانه لا يشترى للانتفاع بمجده عادة بل للهوبه وهو حرام فكان هذا بيع الحرام للحرام وانه لا يجوز ويجوز بيع القيل

بالاجماع لانه منتفع به حقيقة مباح الانتفاع به شرعا على الاطلاق فكان مالا ولا يتعد بيع الحية والعقرب وجميع
 هوام الارض كالوزغة والضب والسحفاة والنفذ ونحو ذلك لانها محرمة الانتفاع بها شرعا لكونها من الخبائث فلم
 تكن أموالا فلم يحز بيعها وذكر في الفتاوى انه يجوز بيع الحية التي ينتفع بها للدوية وهذا غير سديد لان المحرم شرعا
 لا يجوز الانتفاع به للتداوى كالخمر والخنزير وقال النبي عليه الصلاة والسلام لم يجعل شفاؤكم فيما حرم عليكم فلا تقع
 الحاجة الى شرع البيع ولا يتعد بيع شيء مما يكون في البحر كالضفدع والسرطان الا السمك وما يجوز الانتفاع
 بجده أو عظمه لان مالا يجوز الانتفاع بجده ولا به ولا بعظمه لا يكون مالا فلا يكون محلا للبيع وقدرى ان
 النبي عليه الصلاة والسلام سئل عن الضفدع يجعل في دواء فنهى عنه وقال خبيثة من الخبائث وذكر أبو بكر
 الاسكاف رحمه الله انه لا يجوز وذكر في الفتاوى انه يجوز لان الناس ينتفعون به ولا يتعد بيع النحل الا
 اذا كان في كوارته غسل فباع الكوارة بما فيها من العسل والنحل وروى هشام عن محمد انه يجوز بيعه منفردا
 من غير كوارته اذا كان مجموعا وهو قول الشافعي رحمه الله لان النحل حيوان منتفع به فيجوز بيعه (ولنا)
 انه ليس بمنتفع به فلم يكن مالا بنفسه بل بما يحدث منه وهو معدوم حتى لو باعه مع الكوارة وفيها غسل يجوز بيعه تبعا
 للعسل ويجوز ان لا يكون الشيء محلا للبيع بنفسه مفردا أو يكون محلا للبيع مع غيره كالشرب وأنكر الكرخي
 رحمه الله هذا فقال انما يدخل فيه تبعا اذا كان من حقوقه كفاي الشرب مع الارض وهذا ليس من حقوقه وعلى
 هذا بيع دود القز لا يتعد الا اذا كان معه قز وروى محمد انه يجوز بيعه مفردا والجحج على نحو ما ذكرنا في النحل
 ولا يتعد بيع بذر الدود عند أبي حنيفة رحمه الله كالا يتعد بيع الدود وعندهما يجوز بيعه (ووجه) الكلام
 فيه على نحو ما ذكرنا في بيع النحل والدود ويجوز بيع السرقة والتبعر لانه مباح الانتفاع به شرعا على الاطلاق
 فكان مالا ولا يتعد بيع العذرة الخالصة لانه لا يباح الانتفاع بها بحال فلا تكون مالا الا اذا كان مخلوطا بالتراب
 والتراب غالب فيجوز بيعه لانه يجوز الانتفاع به وروى عن أبي حنيفة رضي الله عنه انه قال كل شيء أفسده الحرام
 والغالب عليه الحلال فلا بأس ببيعه وبين ذلك وما كان الغالب عليه الحرام لم يحز بيعه ولا هبته كالقارة اذا وقعت
 في العجين والسمن المائع وكذلك قال محمد في الزيت اذا وقع فيه ودك الميتة انه ان كان الزيت غالبا يجوز بيعه وان
 كان الودك غالبا لا يجوز بيعه لان الحلال اذا كان هو الغالب يجوز الانتفاع به استصحابا ودفعاً على ما ذكرنا في
 كتاب الطهارات فكان مالا فيجوز بيعه واذا كان الحرام هو الغالب لم يحز الانتفاع به بوجه فلم يكن مالا فلا يجوز
 بيعه ويجوز بيع آلات الملاهي من البربط والطبل والمزمار والدف ونحو ذلك عند أبي حنيفة لكنه يكره وعند أبي
 يوسف ومحمد لا يتعد بيع هذه الاشياء لانه آلات معدة للتلهي بها موضوعة للفسق والفساد فلا تكون أموالا فلا
 يجوز بيعها ولا بي حنيفة رحمه الله أنه يمكن الانتفاع بها شرعا من جهة أخرى بان تجعل ظر وفلا شيء ونحو ذلك من
 المصالح فلا تخرج عن كونها أموالا وقولهما انها آلات التلهي والفسق بها قلنا نعم لكن هذا لا يوجب سقوط ماليتها
 كالفنيات والقيان وبدن الفاسق وحياته وماله وهذا لانها كما تصلح للتلهي تصلح لغيره على ماليتها بجهة اطلاق
 الانتفاع بها لوجه الحرمة ولو كسر هذا انسان ضمن عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما لا يضمن وعلى هذا الخلاف
 بيع التردو والسطرنج والصحيح قول أبي حنيفة رضي الله عنه لان كل واحد منهما منتفع به شرعا من وجه آخر بان يجعل
 صنجات الميزان فكان مالا من هذا الوجه فكان محلا للبيع مضمونا بالاتلاف ويجوز بيع ماسوى الخمر من
 الاشربة المحرمة كالسكر وشيع الزبيب والمنصف ونحوها عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد لا يجوز لانه اذا
 حرم شر بها لم تكن مالا فلا تكون محلا للبيع كالخمر ولان ما حرم شر به لا يجوز بيعه لما روى عن النبي عليه
 الصلاة والسلام انه قال لمن الله اليهود حرمت عليهم الشحوم فجملوهوا وباعوها وان الله تعالى اذا حرم شيئا حرم بيعه
 وأكل ثمنه ولا بي حنيفة رحمه الله ان حرمة هذه الاشربة ما ثبتت بدليل متيقن مقطوع به لكونها محل الاجتهاد

والمالية قبل حدوث الشدة كانت ثابتة يتيقن فلا تبطل بحرمة ثابتة بالاجتهاد فبقيت أموالا وبه تبين ان المراد من الحديث محرم ثبتت حرمة بدليل مقطوع به ولم يوجد هنا بخلاف الخمر لان حرمتها ثبتت بدليل مقطوع به فبطلت ماليتها والله سبحانه وتعالى أعلم ولا ينعقد بيع الملاقيح والمضامين الذي ورد النهي عنه لان المضمون ما في صلب الذكرو الملقوح ما في رحم الانثى وذلك ليس بمال وعلى هذا أيضا يخرج بيع عصب الفحل لان العصب هو الضرب وانه ليس بمال وقد يخرج على هذا بيع الحمل انه لا ينعقد لان الحمل ليس بمال ولا ينعقد بيع لبن المرأة في قدح عندنا وقال الشافعي رحمه الله يجوز بيعه (وجه) قوله ان هذا مشروب طاهر فيجوز بيعه كلبن البهائم والماء (ولنا) ان اللبن ليس بمال فلا يجوز بيعه والدليل على انه ليس بمال اجماع الصحابة رضي الله عنهم والمعقول اما اجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم فمأروى عن سيدنا عمر وسيدنا علي رضي الله تعالى عنهما انهما حكما في ولد المغرور بالقيمة وبالقر بمقالة الوطاء وما حكوا بوجوب قيمة اللبن بالاستهلاك ولو كان مالا لحكوا لان المستحق يستحق بدل اتلاف ماله بالاجماع ولكان ايجاب الضمان بمقتضى أولى من ايجاب الضمان بمقتضى منافع البضع لانها ليست بمال فكانت حاجة المستحق الى ضمان المال أولى وكان ذلك بحضور من الصحابة رضي الله عنهم ولم ينكر عليهما أحد فكان اجماعا (وأما) المعقول فهو لا يباح الا تنفعا به شرعا على الاطلاق بل لضرورة تغذية الطفل وما كان حراما لا تنفعا به شرعا الا لضرورة ولا يكون مالا كالخمر والخنزير والدليل عليه ان الناس لا يبدونه مالا ولا يباع في سوق ما من الاسواق دل انه ليس بمال فلا يجوز بيعه ولا نه جزء من آدمي والآدمي بجميع أجزائه محترم مكرم وليس من الكرامة والاحترام ابتداء بالبيع والشراء ثم لا فرق بين لبن الحرة وبين لبن الامه في ظاهر الرواية وعند أبي يوسف رحمه الله انه يجوز بيع لبن الامه لانه جزء من آدمي هو مال فكان محلا للبيع كسائر أجزائه (ولنا) ان الآدمي لم يجعل محلا للبيع بالاحلول الرق فيه والرق لا يحل الا في الحى واللبن لا حياة فيه فلا يحل الرق فلا يكون محلا للبيع سفلا وعلو بين رجلين انهم ما فباع صاحب العلوه لم يحز لان الهواء ليس بمال ولو جمع بين ما هو مال وبين ما ليس بمال في البيع بان جمع بين حر وعبد أو بين عصير وخمر أو بين ذكية وميتة وباعهما صفقة واحدة فان لم يبين حصص كل واحد منهما من الثمن لم ينعقد العقد أصلا بالاجماع وان بين فكذلك عند أبي حنيفة وعندهما يجوز في العصور والعبد والذكية وبطل في الحر والخمر والميتة ولو جمع بين قن ومدبر أو أم ولد ومكاتب أو بين عبده وعبد غيره وباعهما صفقة واحدة جاز البيع في عبده بخلاف (وجه) قوله ان الفساد بقدر الفساد لان الحكم ثابت بقدر العلة والمفسد خص أحدهما فلا يتعمم الحكم مع خصوص العلة فلو جاء الفساد انما يجبي من قبل جهالة الثمن فاذا بين حصص كل واحد منهما من الثمن فقد زال هذا المعنى أيضا ولهذا جاز بيع الثمن اذا جمع بينه وبين المدبر أو المكاتب أو أم الولد وباعهما صفقة واحدة كذا هذا ولا يبي حنيفة رضي الله عنه ان الصفقة واحدة وقد فسدت في أحدهما فلا تصح في الآخر والدليل على ان الصفقة واحدة ان لفظ البيع والشراء لم يتكرر والبائع واحد والمشتري واحد وتقرى الثمن وهو التسمية لكل واحد منهما لا يمنع اتحاد الصفقة دل ان الصفقة واحدة وقد فسدت في أحدهما يتيقن لخروج الحر والخمر والميتة عن محلية البيع يتيقن فلا يصح في الآخر لا استحالة كون الصفقة الواحدة صحيحة وفاسدة ولهذا لم يصح اذا لم يسلم لكل واحد منهما ثمن فكذا اذا سمي لان التسمية وتقرى الثمن لا يوجب تعدد الصفقة لاتحاد البيع والعاقدين بخلاف الجمع بين العبد والمدبر لان هنالك الصفقة ما فسدت في أحدهما يتيقن بل بالاجتهاد الذي يحتمل الصواب والخطأ فاعتبر هذا الاحتمال في تصحيح الاضافة الى المدبر ليظهر في حق الثمن ان لم يمكن اظهاره في حقه ولا نه لما جمع بينهما في الصفقة فقد جمل قبول القدي في أحدهما شرط القبول في الآخر بدليل انه لو قبل القدي في أحدهما دون الآخر لا يصح والحر لا يحتمل قبول القدي فيه فلا يصح القبول في الآخر بخلاف المدبر لانه محل لقبول القدي فيه في الجملة فصح قبول القدي فيه الا انه تعذر اظهاره فيه بنوع اجتهاد فيجب اظهاره في الثمن ولان في تصحيح القدي

أحدهما تفرق الصفقة على البائع قبل التمام لأنه أوجب البيع فيهما فالقبول في أحدهما يكون تفرقا وهذا لا يجوز بخلاف ما إذا جمع بين القن والمدبر لأن المدبر محل لقبول البيع فيه لكونه مملوكا له إلا أنه لم ينفذ لخال مع احتمال النفاذ في الجملة بقضاء القاضي لحق المدبر وهذا يمنع محلية القبول في حق نفسه لا في صاحبه فيجعل محلا في حق صاحبه والدليل على التفرقة بين الفصلين أن الحكم ههنا يختلف بين أن يسمى لكل واحد منهما ممنا أولا يسمى وهنالك لا يختلف دل أن الفرق بينهما الماذكرنا وعلى هذا الخلاف إذا جمع بين شاة ذكية وبين متروكة التسمية عمدا ثم إذا جاز البيع في أحدهما عندهما فهل يثب الخيارات فيه أن علم بالحرام يثبت لأن الصفقة تفرقت عليه وإن لم يعلم لا لأنه رضى بالتفرق والله سبحانه وتعالى أعلم (ومنها) أن يكون مملوكا لأن البيع تملك فلا ينقد فيما ليس بمملوك كمن باع الكلا في أرض مملوكة والماء الذي في نهره أو في بئر له لأن الكلا وإن كان في أرض مملوكة فهو مباح وكذلك الماء ما لم يوجد إلا حرا قال النبي صلى الله عليه وسلم الناس شركاء في ثلاث والشركة العامة هي الإباحة وسواء خرج الكلا بماء السماء من غير مونة أو ساق الماء إلى أرض ولحقه مونة لأن سوق الماء إليه ليس بأحراز فلم يوجد بسبب الملك فيه فبقى مباحا كما كان وكذلك بيع الكجاة وبيع صيد لم يوجد في أرضه لا ينقد لأنه مباح غير مملوك لانعدام بسبب الملك فيه وكذلك بيع الخطب والحشيش والصيود التي في البراري والطير الذي لم يصد في الهواء والسماك الذي لم يوجد في الماء وعلى هذا يخرج بيع رابع مكة وأجارتها أنه لا يجوز عند أبي حنيفة رضي الله عنه وروى عنه أنه يجوز وبه أخذ الشافعي رحمه الله لعمومات البيع من غير فصل بين أرض الحرم وغيرها ولأن الأصل في الأرض كلها أن تكون محلا للتمليك إلا أنه امتنع تملك بعضها شرعا لعارض الوقف كالمساجد ونحوها ولم يوجد في الحرم فبقى محلا للتمليك (ولنا) ما روى عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال إن الله تبارك وتعالى حرم مكة يوم خلقها لم تحل لاحد قبلي ولا تحل لاحد بعدي وإنما أحلت لي ساعة من نهار لا يختلي خلاها ولا يعصده شجرها ولا ينفر صيدها ولا يختل حسبها أخبر عليه الصلاة والسلام أن مكة حرام وهي اسم للبقعة والحرام لا يكون محلا للتمليك وروى عن عبد الله بن سيدنا عمر رضي الله تعالى عنهما عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال مكة حرام وبيع رابعها حرام وهذا نص في الباب ولأن الله تبارك وتعالى وضع للحرم حرمة وفضيلة ولذلك جعله سبحانه وتعالى مأمنا قال الله تبارك وتعالى جل شأنه أولم يروا أننا جعلنا حراما ما فابتذله بالبيع والشراء والتمليك والتملك امتهان وهذا لا يجوز بخلاف سائر الأراضي وقيل إن بقعة مكة وقف حرم سيدنا إبراهيم عليه الصلاة والسلام ولا حجة في العمومات لأنه خص منها الحرم بالحديث المشهور ويجوز بيع بناء بيوت مكة لأن الحرم للبقعة لا للبناء وروى عن أبي حنيفة رضي الله عنه أنه قال كره أجارة بيوت مكة في الموسم من الحاج والمعتمر فاما من المقيم والمجاور فلا بأس بذلك وهو قول محمد رحمه الله ويجوز بيع أراضي الخراج والقطيعة والمزارعة والأجارة والأكاره والمراد من الخراج أرض سواد العراق التي فتحها سيدنا عمر رضي الله تعالى عنه لأنه من عليهم وأقرهم على أراضيهم فكانت ميقاتة على ملكهم فجاز لهم بيعها وأرض القطيعة هي الأرض التي قطعها الإمام لقوم وخصهم بها فلم يكوها بجعل الإمام لهم فيجوز بيعها وأرض المزارعة أن يدفع الإنسان أرضه إلى من يزرعها ويقوم بها وهذا لا يخرج عن كونها مملوكة وأرض الأجارة هي الأرض التي يأخذها الإنسان من صاحبها ليعمرها ويزرعها وأرض الأكاره التي في أيدي الأكره فيجوز بيع هذه الأرض لأنها مملوكة لأصحابها وأما أرض الموات التي أحيها رجل غير إذن الإمام فلا يجوز بيعها عند أبي حنيفة رضي الله عنه لأنها لا تملك بدون إذن الإمام وعندهما يجوز بيعها لأنها تملك بنفس الأحياء والمسئلة تذكر في كتاب أحياء الموات وذكر القدر في رحمه الله أنه لا يجوز بيع دور بغداد وحوادث السوق التي للسلطان عليها غلة لأنها ليست بمملوكة لما روى أن المنصور أذن للناس في بنائها ولم يجعل للبقعة ملكا لهم والله سبحانه وتعالى أعلم (ومنها) وهو شرط انعقاد البيع للبائع أن يكون مملوكا للبائع عند

البيع فان لم يكن لا ينعقد وان ملكه بعد ذلك بوجه من الوجوه الا السلم خاصة وهذا بيع ما ليس عنده ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم ولو باع المصنوب فضمنه المالك قيمته نفذ بيعه لان سبب الملك قد تقدم فتبين أنه باع ملك نفسه وهما تأخر سبب الملك فيكون بائعا ما ليس عنده فدخل تحت النهي والمراد منه بيع ما ليس عنده ملكا لان قصة الحديث تدل عليه فانه روى أن حكيم بن حزام كان يبيع الناس أشياء لا يملكها أو يأخذ الثمن منهم ثم يدخل السوق فيشتري ويسلم اليهم فيبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لا تبع ما ليس عندك ولا يبيع ما ليس عنده بطريق الاصاله عن نفسه عليك ما لا يملك بطريق الاصاله وأنه محال وهو الشرط فيما يبيعه بطريق الاصاله عن نفسه فاما ما يبيعه بطريق النيابة عن غيره ينظر ان كان البائع وكيلًا وكفيلًا فيكون المبيع مملوكًا للبائع ليس بشرط وان كان فضوليًا فليس بشرط لان انعقادنا بل هو من شرائط النفاذ فان بيع الفضولي عندنا منعقد موقوف على اجازة المالك فان أجاز نفذ وان رد بطل وعند الشافعي رحمه الله هو شرط الانعقاد لا ينعقد بدونه وبيع الفضولي باطل عنده وسيأتي ان شاء الله تعالى (ومنها) أن يكون مقدور التسليم عند العقد فان كان معجوز التسليم عنده لا ينعقد وان كان مملوكًا له كبيع الآبق في جواب ظاهر الروايات حتى لو ظهر محتاج الى تجديد الإيجاب والقبول الا اذا تراضيا فيكون بيعا مبتدأ بالتعاطي فان لم يتراضيا وامتنع البائع من التسليم لا يجبر على التسليم ولو سلم وامتنع المشتري من القبض لا يجبر على القبض وذكر الكرخي رحمه الله أنه ينعقد بيع الآبق حتى لو ظهر وسلم بحوز ولا يحتاج الى تجديد البيع الا اذا كان القاضي فسخه بان رفعه المشتري الى القاضي فطالبه بالتسليم وعجز عن التسليم ففسخ القاضي البيع بينهما ثم ظهر العبد وجه قول الكرخي رحمه الله ان الباقي لا يوجب زوال الملك الا ترى أنه لو اعتقه أو دبره ينفذ ولو وهبه من ولده الصغير يجوز وكان ملكه كقديع مالا مملوكا الا أنه لم ينفذ للحال للعجز عن التسليم فان سلم زال المانع فينفذ وصار كبيع المصنوب الذي في يد الغاصب اذا باعه المالك لغيره أنه ينعقد موقوفا على التسليم لما قلنا كذا هذا وجه ظاهر الروايات أن القدرة على التسليم لذا العاقد شرط انعقاد العقد لانه لا ينعقد الا لفائدة ولا يفيد اذا لم يكن قادرا على التسليم والعجز عن التسليم ثابت حالة العقد وفي حصول القدرة بعد ذلك شك واحتمال قد يحصل وقد لا يحصل والممكن منعقد بائع لا ينعقد لفائدة تحتل الوجود والعدم على الاصل المعهود ان ما لم يكن ثابتا يبين أنه لا يثبت بالشك والاحتمال بخلاف ما اذا أبق بعد البيع قبل القبض أنه لا يفسخ لان القدرة على التسليم كانت ثابتة لذا العقد فانه قد تم زالت على وجه يحتمل عودها فيقع الشك في زوال المنعدي يبين والثابت باليقين لا يزول بالشك فهو الفرق بخلاف بيع المصنوب من غير الغاصب أنه ينعقد موقوفا على التسليم حتى لو سلم ينفذ ولان هناك المالك قادر على التسليم بقدرة السلطان والقاضي وجماعة المسلمين الا أنه لم ينفذ للحال لقيام يد الغاصب بصورة فاذا سلم زال المانع فينفذ بخلاف الآبق لانه معجوز التسليم على الاطلاق اذ لا تصل اليه يد أحد لما أنه لا يعرف مكانه فكان العجز متقرا والقدرة محتملة موهومة فلا ينعقد مع الاحتمال فاشبه ببيع الآبق ببيع الطير الذي لم يوجد في الهواء وبيع السمك الذي لم يوجد في الماء وذلك باطل كذا هذا ولو جاء انسان الى مولى العبد فقال ان عبدك عند فلان فبعه مني وأنا أقبضه منه فصدقه وباعه منه لا ينفذ لما فيه من عذر القدرة على القبض لكنه ينعقد حتى لو قبضه ينفذ بخلاف الفصل المتقدم لان القدرة على القبض ههنا ثابتة في زعم المشتري الا ان احتمال المنع قائم فانه قد موقوف على قبضه فاذا قبضه تحقق مازعمه فينفذ بخلاف الفصل الاول لان العجز عن التسليم للحال متحقق فيمنع الانعقاد ولو أخذه رجل فجاء الى مولاه فاشتراه منه جاز الشراء لان المانع هو العجز عن التسليم ولم يوجد في حقه وهذا البيع لا يدخل تحت النهي لان النهي عن بيع الآبق وهذا ليس بآبق في حقه ثم اذا اشتري منه لا يخلو اما ان احضر العبد مع نفسه واما ان لم يحضره فان احضره صار قابضاً له عقيب العقد بلا فصل وان لم يحضره مع نفسه ينظر ان كان أخذه ليرده على صاحبه وأشهد على ذلك لا يصير قابضاً له مالم يصل اليه لان قبضه قبض أمانة وقبض الامانة

لا ينوب عن قبض الضمان فلا بد من التجدد بالوصول اليه حتى لو هلك العبد قبل الوصول يهلك على البائع ويبطل العقد لانه مبيع هلك قبل القبض واذا وصل اليه صار قابضاً بنفس الوصول ولا يشترط القبض بالراجح لان معنى القبض هو التمكن والتخلي وارتفاع الموانع عرفاً وعادة حقيقة وان كان أخذه لنفسه لا يردده على صاحبه صار قابضاً له عقيب العقد بلا فصل حتى لو هلك قبل الوصول اليه يهلك على المشتري لان قبضه قبض ضمان وقبض الشراء أيضاً قبض الضمان فيجائز القبضان فتناو باولو كان أخذه ليرده ولكنه لم يشهد على ذلك فهو على الاختلاف المعروف بين أبي حنيفة وصاحبيه عند أبي حنيفة عليه الرحمة يصير قابضاً له عقيب العقد لان هذا قبض ضمان عنده وعندهما لا يصير قابضاً إلا بعد الوصول اليه لان هذا قبض أمانة عندهما وهي من مسائل كتاب الاباق واللقطة وعلى هذا بيع الطائر الذي كان في يده وطار أنه لا ينعقد في ظاهر الرواية وعلى قياس ما ذكره الشافعي رحمه الله ينعقد وعلى هذا بيع السمكة التي أخذها ثم ألقاها في حظيرة سواء استطاع الخروج عنها أولاً بعد ان كان لا يمكنه أخذها بدون الاصطيد وان كان يمكنه أخذها من غير اصطيد يجوز بيعها بخلاف لانه مقدور التسليم كذا البيع وعلى هذا يخرج بيع اللبن في الضرع لان اللبن لا يجتمع في الضرع دفعة واحدة بل شيئاً فشيئاً فيختلط المبيع بغيره على وجه يتعذر التمييز بينهما فكان المبيع معجوز التسليم عند البيع فلا ينعقد وكذا بيع الصوف على ظهر الغنم في ظاهر الرواية لانه ينمو ساعة فساعة فيختلط الموجود عند العقد بالحادث بعده على وجه لا يمكن التمييز بينهما فصار معجوز التسليم بالجزم والتنف استخراج أصله وهو غير مستحق بالعقد وروى عن ابن عباس رضي الله عنهما عن النبي عليه الصلاة والسلام انه نهى عن بيع الصوف على ظهر الغنم وروى عن أبي يوسف انه يجوز بيعه والصلح عليه لانه يجوز جزه قبل الذبح فيجوز بيعه كبيع القصيل في الارض (ووجه) الفرق بين القصيل والصوف لظاهر الرواية ان الصوف لا يمكن جزه من أصله من غير ضرر يلحق الشاة بخلاف القصيل ولا ينعقد بيع الدين من غير من عليه الدين لان الدين اما أن يكون عبارة عن مال حكى في الذمة واما أن يكون عبارة عن فعل تملك المال وتسليمه وكل ذلك غير مقدور التسليم في حق البائع ولو شرط التسليم على المديون لا يصح أيضاً لانه شرط التسليم على غير البائع فيكون شرطاً فاسداً فيفسد البيع ويجوز بيعه ممن عليه لان المانع هو العجز عن التسليم ولا حاجة الى التسليم ههنا ونظير بيع الغنم مبوب انه يصح من الغاصب ولا يصح من غيره اذا كان الغاصب منكراً ولا بينة للمالك ولا يجوز بيع المسلم فيه لان المسلم فيه مبيع ولا يجوز بيع المبيع قبل القبض وهل يجوز بيع الحمد فنقول لا خلاف في أنه اذا سلم الحمد أولاً الى المشتري انه يجوز اما اذا باع ثم سلم قال بعض مشايخنا لا يجوز لانه الى أن يسلم بعضه يذوب فلا يقدر على تسليم جميعه الى المشتري وقال بعضهم يجوز وقال الققيه أبو جعفر الهندواني رحمه الله اذباعه وسلمه من يومه ذلك يجوز وان سلمه بعد أيام لا يجوز وبه أخذ الققيه أبو الليث عليه الرحمة لانه في اليوم لا يتقص قصصاً لانه حصصه من الثمن (وأما) الذي يرجع الى النفاذ فنوعان أحدهما الملك او الولاية أما الملك فهو أن يكون المبيع مملوكاً للبائع فلا ينفذ بيع الفضولي لانعدام الملك والولاية لكنه ينعقد بموقوفاً على اجازة المالك وعند الشافعي رحمه الله هو شرط الانعقاد أيضاً حتى لا ينعقد بدونه وأصل هذا ان تصرفات الفضولي التي لها مجزأة العقد مقدمة موقوفة على اجازة المجز من البيع والاجازة والنكاح والطلاق ونحوها فان أجاز ينفذ والا فيبطل وعند الشافعي رحمه الله تصرفاته باطلة (وجه) قول الشافعي رحمه الله ان صحة التصرفات الشرعية بالملك أو بالولاية ولم يوجد أحدهما فلا تصح وهذا لان صحة التصرف الشرعي هو اعتباره في حق الحكم الذي وضع له شرعاً لا يعقل للصحة معنى سوى هذا (فأما) الكلام الذي لا حكم له لا يكون صحيحاً شرعاً والحكم الذي وضع له البيع شرعاً وهو الملك لا يثبت حال وجوده لعدم شرطه وهو الملك أو الولاية فلم يصح ولهذا لم يصح شرؤه فكذا بيعه (ولنا) عمومات البيع من نحو قوله تبارك وتعالى وأحل البيع وقوله عز شأنه يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض عنكم

وقوله سبحانه وتعالى فاذا قضيت الصلاة فانتشروا في الارض وابتغوا من فضل الله شرع سبحانه وتعالى البيع والشراء والتجارة وابتغاء الفضل من غير فصل بين ما اذا وجد من المالك بطريق الاصاله وبين ما اذا وجد من الوكيل في الابتداء أو بين ما اذا وجدت الاجارة من المالك في الانتهاء وبين وجود الرضا في التجارة عند العقد أو بعده فيجب العمل باطلاقها الا ما خص بدليل وروى عن النبي عليه الصلاة والسلام انه دفع دينارا الى حكيم بن حزام رضى الله عنه وامره أن يشتري له أحمية فاشترى شاتين ثم باع احدهما بدينار وجاء بدينار وشاة الى النبي عليه الصلاة والسلام فدعاه بالبركة وقال عليه الصلاة والسلام بارك الله في صفقة يمينك ومعلوم انه لم يكن حكيم ما مورأ ببيع الشاة فلو لم ينقد تصرفه لما باع ولما دعاه رسول الله صلى الله عليه وسلم بالخير والبركة على ما فعل ولا نكر عليه لان الباطل ينكر ولان تصرف العاقل محمول على الوجه الاحسن ما أمكن وقد أمكن حمله على الاحسن ههنا وقد قصد البر به والاحسان اليه بالا عانة على ما هو خير للمالك في زعمه لعلمه بحاجته الى ذلك لكن لم يتبين الى هذه الحالة الموانع وقد يغلب على ظنه زوال المانع فأقدم عليه نظر الصدقة واحسانا اليه لبيان الحمدة والثناء لتحمل مؤنة مباشرة التصرف الذي هو محتاج اليه والثواب من الله عز وجل بالا عانة على البر والاحسان قال الله تبارك وتعالى وتعاونوا على البر والتقوى وقال تعالى جل شأنه وأحسنوا ان الله يحب المحسنين الا أن في هذه التصرفات ضررا في الجملة لان للناس رغائب في الاعيان وقد يقدم الرجل على شئ ظهر له الحاجة عنه بازالته عن ملكه لحصول غرضه بدون ذلك ونحو ذلك فيتوقف على اجازة المالك حتى لو كان الامر على ما ظنه مباشر التصرف اجازة وحصل له النفع من جهته فينال الثواب والثناء والا فلا يجيزه ويثنى عليه بقصد الاحسان وايصال النفع اليه فلا يجوز القول باهدار هذا التصرف والحاق كلامه وقصده بكلام المجانين وقصدهم مع ندم الله عز وجل الى ذلك وحنه عليه لما تلو من الآيات وقوله صحة التصرف عبارة عن اعتباره في حق الحكم فلنا نعم وعندنا هذا التصرف مفيد في الجملة وهو بثوث الملك فبايتضرر المالك بزواله موقوفا على الاجازة اما من كل وجه أو من وجه لكن لا يظهر شئ من ذلك عند العقد وما يظهر عند الاجازة وهو تفسير التوقف عندنا أن يتوقف في الجواب في الحال انه صحيح في حق الحكم أم لا ولا يقطع القول به للحال ولكن يقطع القول بصحته عند الاجازة وهذا جائز وله نظائر في الشرع وهو البيع بشرط الخيار للبائع أو المشتري على ما عرف (وأما) شراء الفضولي ففيه تفصيل نذكره ان شاء الله تعالى في موضعه ثم الاجازة اما تلحق بتصرف الفضولي عندنا بشرائط (منها) أن يكون له مجيز عند وجوده فلا يجيز له عند وجوده لا تلحقه الاجازة لان ماله مجيز متصور منه الاذن للحال وبعد وجود التصرف فكان الانقضاء عند الاذن القائم مفيدا فينقذ وما لا يجيز له لا يتصور الاذن به للحال والاذن في المستقبل قد يحدث وقد لا يحدث فان حدث كان الانقضاء مفيدا وان لم يحدث لم يكن مفيدا فلا ينقذ مع الشك في حصول الفائدة على الاصل المعهود ان ما لم يكن ثابتا يمين لا يثبت مع الشك واذا لم ينقذ لا تلحقه الاجازة لان الاجازة للمنقذ وعلى هذا يخرج ما اذا طلق الفضولي امرأة البالغ أو أعتق عبده أو وهب ماله أو تصدق به انه ينقذ موقوفا على الاجازة لان البالغ يملك هذه التصرفات بنفسه فكان لها مجيز حال وجودها فيتوقف على اجازة المالك وبمثله لو فعل ذلك على الصبي لا ينقذ لان الصبي ليس من أهل هذه التصرفات بنفسه ألا ترى لو فعل ذلك بنفسه لا تنقذ فلم يكن لها مجيز حال وجودها فلم تنقذ وكذلك الصبي المحجور عليه اذا باع مال نفسه أو اشترى أو تزوج امرأة أو زوج أمته أو كاتب عبده أو فعل بنفسه ما لو فعل عليه وليه لجاز عليه يتوقف على اجازة وليه مادام صغيرا أو على اجازته بنفسه بعد البلوغ ان لم يوجد من وليه في حال صغره حتى لو بلغ الصبي قبل اجازة الولي فأجاز بنفسه جاز ولا يتوقف على نفس البلوغ من غير اجازة لان هذه التصرفات لها مجيز حال وجودها ألا ترى انه لو فعلها وليه جازت فاحتمل التوقف على الاجازة وانما يتوقف على اجازته بنفسه أيضا بعد البلوغ كما يتوقف على اجازة وليه في حال صغره لانه لما بلغ قد ملك الانشاء فأولى أن يملك الاجازة ولان ولا يته على نفسه فوق ولاية وليه عليه في حال صغره فلما

جاز باجازه وليه فلان يجوز باجازه نفسه أولى ولا يجوز بمجرد البلوغ لان الاجازة لها حكم الانشاء من وجهه وانه
فعل فاعل مختار والبلوغ ليس صنعه فلا يعقل اجازة وكذا اذا وكل الصبي وكيل بهذه التصرفات ففعل الوكيل قبل
بلوغ الصبي أو بعده توقف على اجازته بعد البلوغ الا التوكيل بالشراء فانه لا يتوقف بل ينفذ على الوكيل لان الشراء
وجد نفاذا على الوكيل فلا يتوقف الا اذا بلغ الصبي قبل أن يشتري الوكيل فأجاز التوكيل ثم اشترى الوكيل بعد ذلك
فيكون الشراء للصبي لا للوكيل لان اجازة الوكيل منه بعد البلوغ بمنزلة انشاء التوكيل ولو وكله ابتداء لكان الشراء له
لا للوكيل كذا هذا او بمثله اذا طلق الصبي امرأته أو خالها أو أعتق عبده على غير مال أو على مال أو وهب ماله أو تصدق
به أو زوج عبده امرأته أو باع ماله بمحابة أو اشترى شيئا بأكثر من قيمته قدر ما لا يتغاف الناس في مثله عادة أو غير ذلك
من التصرفات مما لو فعله وليه في حال صغره لا يجوز عليه لا ينعقد حتى لو أجاز وليه أو الصبي بعد البلوغ لا يصح لان
هذه التصرفات ليس لها محيز حال وجودها فلا تحتل التوقف على الاجازة الا اذا أجاز الصبي بعد البلوغ بلفظ
يصاح للانشاء بأن يقول بعد البلوغ أو قمت ذلك الطلاق أو ذلك العتاق فيجوز ويكون ذلك انشاء الاجازة ولو
وكل الصبي وكيل بهذه التصرفات ففعل الوكيل ينظر ان فعل قبل البلوغ لا يتوقف وهو باطل لان فعل الوكيل كفعل
الموكل ولو فعل الصبي بنفسه لا يتوقف فكذا اذا فعله الوكيل وان فعل بعد البلوغ لا يتوقف وهو باطل لان فعل الوكيل كفعل
القبض على البائع وان بلغ الصبي فأجاز التوكيل بعد البلوغ قبل أن يفعل الوكيل شيئا ثم فعل جاز لان اجازة التوكيل
منه بمنزلة انشاءه وكذا وصية الصبي لا تنعقد لانها تصرف لا محيز له حال وجوده ألا ترى انه لو فعل الولى لا يجوز عليه
فلا يتوقف وسواء أطلق الوصية أو أضافها الى حال البلوغ لما قلنا حتى لو أوصى ثم مات قبل البلوغ أو بعده
لا تجوز وصيته الا اذا بلغ وأجاز تلك الوصية بعد البلوغ فتجوز لان الاجازة منه بمنزلة انشاء الوصية ولو أنشأ الوصية
بعد البلوغ صح كذا هذا او على هذا تصرف المكاتب والعبد المأذون ان ماله محيز حال وجوده يتوقف على اجازة المولى
وما لا محيز له حال وجوده يبطل ولا يتوقف لما ذكرنا من الفسخ الا أن بين المكاتب والعبد المأذون والصبي فرقان
وجه وهو ان المكاتب أو المأذون اذا فعل ما يتوقف على الاجازة بان زوج نفسه امرأته ثم عتق ينفذ بنفسه الاعتاق
وفي الصبي لا ينفذ بنفسه البلوغ ما لم توجد الاجازة (ووجه) الفرق أن العبد بعد الادن يتصرف بمالكية نفسه
على ما عرف فكان ينبغى أن ينفذ للحال الا أنه توقف لحق المولى فاذا عتق فقد زال المانع فنفذ بخلاف الصبي فان في
أهليته قصور القصور علة فانه مقدم وقفا على الاجازة والبلوغ ليس باجازه على ما مر (وأما) حكم شراء القبضولى في جملة
الكلام فيه أن القبضولى اذا اشترى شيئا لغيره فلا يخلو اما ان اضاف العقد الى نفسه واما ان أضافه الى الذى اشترى
له فان أضافه الى نفسه كان المشتري له سواء وجدت الاجازة من الذى اشترى له أو لم توجد لان الشراء اذا وجد نفاذا
على العاقد نفذ عليه ولا يتوقف لان الاصل أن يكون تصرف الانسان لنفسه لا لغيره قال الله تعالى عز من قائل لها
ما كسبت وقال عز من قائل وأن ليس للانسان الا ما سعى وشراء القبضولى كسبه حقيقة فلا يصل أن يكون له الا اذا
جعله لغيره ولم يجد نفاذا عليه لعدم الاهلية فيتوقف على اجازة الذى اشترى له بان كان القبضولى صبياً محجوراً أو عبداً
محجوراً فاشترى لغيره يتوقف على اجازة ذلك الغير لان الشراء لم يجد نفاذا عليه فيتوقف على اجازة الذى اشترى له
ضرورة فان أجاز نفسه وكانت العهدة عليه لا عليها لانها ليسا من أهل لزوم العهدة وان أضاف العقد الى الذى
اشترى له بان قال القبضولى للبائع بع عبدك هذا من فلان بكذا اقال بع وقبل القبضولى البيع فيه لاجل فلان أو قال
البائع بع هذا العبد من فلان بكذا وقبل المشتري الشراء منه لاجل فلان فانه يتوقف على اجازة المشتري له لان
تصرف الانسان وان كان له على اعتبار الاصل الا أن له أن يجعله لغيره بحق الوكالة وغير ذلك وهما جعله لغيره فينمقد
موقوفاً على اجازته ولو قال القبضولى للبائع اشترى منك هذا العبد بكذا لاجل فلان فقال بع أو قال البائع
للقبضولى بع منك هذا العبد بكذا فلان فقال اشترى منك لا يتوقف وينفذ الشراء عليه لا نتم توجد الاضافة الى فلان

في الإيجاب والقبول وإنما وجدت في أحدهما وأحد مباشر العقد فلا يتوقف لما ذكرنا أن الأصل أن لا يتوقف
 وإنما توقف لضرورة الإضافة من الجانبين فإذا لم يوجد يجب العمل بالأصل وهذا بخلاف الوكيل بالشراء أنه إذا
 اشترى شيئاً يقع شراؤه للموكل وأن أضاف العقد إلى نفسه لا إلى الموكل لأنه لما أمره بالشراء فقد أنا به مناب نفسه
 فكان تصرف الوكيل كتصرفه بنفسه ولو اشترى بنفسه كان المشتري له كذا هذا والله تعالى أعلم ولو اشترى
 الفضولي شيئاً لغيره ولم يصف المشتري إلى غيره حتى لو كان الشراء له فظن المشتري والمشتري له أن المشتري يكون
 للمشتري له فسلم إليه بعد القبض بالثمن الذي اشتراه به وقبل المشتري له صبح ذلك ويجعل ذلك تولية كأنه ولاه منه بما
 اشترى ولو علم المشتري بعد ذلك أن الشراء قد عذ عليه والمشتري له فأراد أن يسترد من صاحبه بغير رضاه لم يكن له ذلك
 لأن التولية منه قد حمت فلا يملك الرجوع كمن اشترى متقولا فطلب جاره الشفعة فظن المشتري أن له شفعة فسلم إليه
 ثم أراد أحدهما أن ينقض ذلك من غير رضا الآخر لم يكن له ذلك لأنه لما سلم إليه صار ذلك بيعاً بينهما ولو اختلفا فقال
 المشتري له كنت أمرتك بالشراء وقال المشتري اشتريته لك بغير أمرك فالقول قول المشتري له لأن المشتري لما قال
 اشتريته لك كان ذلك إقراراً منه بأنه اشتراه بأمره لأن الشراء له لا يكون إلا بأمره عادة فكان القول قوله ثم أن أخذه
 بقضاء القاضى لا يحل له ذلك إلا إذا كان صادقا في كلامه فيما بينه وبين الله جل شأنه وأن أخذه بغير قضاء طاب له
 لأنه أخذه برضاه فصار ذلك بيعاً بينهما بتراضيهما (ومنها) قيام البائع والمشتري حتى لو هلك أحدهما قبل الإجازة
 من المالك لا تلحقه الإجازة (ومنها) قيام المالك حتى لو هلك المالك قبل الإجازة لا يجوز بإجازة ورثته (ومنها) قيام
 المبيع حتى لو هلك قبل إجازة المالك لا يجوز بإجازة المالك غير أنه أن هلك في يد المالك يملك بغير شيء وأن هلك بعد التسليم
 إلى المشتري فالمالك بالخيار أن شاء ضمن البائع وأن شاء ضمن المشتري لوجود سبب الضمان من كل واحد منهما
 وهو التسليم من البائع والقبض من المشتري لأن تسليم مال الغير وقبضه بغير إذن صاحبه كل واحد منهما سبب
 لوجوب الضمان وأيهما اختار تضمينه يرى الآخر ولا سبيل عليه بحال لأنه لما ضمن أحدهما فقد ملك المضمون
 فلا يملك تملكه من غيره لما فيه من الاستحالة وهو تملك شيء واحد في زمان واحد من اثنين على الكمال فإن اختار
 تضمين المشتري رجع المشتري بالثمن على البائع وبطل البيع وليس له أن يرجع عليه بما ضمن كإيفاء المشتري من
 الغاصب وإن اختار تضمين البائع ذكر الطحاوي رحمه الله أنه ينظر أن كان قبض البائع قبض ضمان بان كان
 مقصوداً في يده فقد يبيعه لأنه لما ضمنه فقد ملك المضمون من وقت القصد فتبين أنه باع ملك نفسه فينفذ وإن
 كان قبضه قبض أمانة بان كان وديعة عنده فباعه وسلمه إلى المشتري لا ينفذ بيعه لأن الضمان إنما وجب عليه بسبب
 متأخر عن البيع وهو التسليم فيملك المضمون من ذلك الوقت لا من وقت البيع فيكون باعاً مال غيره بغير إذنه فلا ينفذ
 وذكر محمد رحمه الله في ظاهر الرواية وقال يجوز البيع بتضمين البائع قيل هذا محمول على ما إذا سلمه البائع أولاً
 ثم باعه لأنه إذا سلمه أولاً فقد صار مضموناً عليه بالتسليم فتقدم سبب الضمان البيع فتبين أنه باع مال نفسه فينفذ ثم
 إن كان قيام الأربعة التي ذكرنا شرطاً للحقوق الإجازة لأن الإجازة إنما تلحق القيام وقيام العقد بهذه الأربعة ولأن
 الإجازة لها حكم الانشاء من وجه ولا يصحق الانشاء بدون العاقد والمعهود عليه لذلك كان قيامها شرطاً للحقوق
 الإجازة فإن وجدت صحت الإجازة وصار البائع بمنزلة الوكيل إذا الإجازة اللاحقة بمنزلة وكالة السابقة ويكون الثمن
 للمالك إن كان قائماً لأنه بدل ماله وان هلك في يد البائع يملك أمانة كما إذا كان وكيلًا في الابتداء وهلك الثمن في
 يده ولو فسده البائع قبل الإجازة انفسخ واسترد المبيع أن كان قد سلم ويرجع المشتري بالثمن على البائع إن كان
 قد تقدم وكذا إذا فسده المشتري انفسخ وكذا إذا فسده الفضولي فمحمد يحتاج إلى الفرق بين البيع والنكاح
 فإن الفضولي من جانب الرجل في باب النكاح إذا زوجت المرأة نفسها لا يملك النكاح عنده (ووجه) الفرق أنه إن
 البيع الموقوف لو اتصل به الإجازة فالحقوق ترجع إلى العاقد فهو بالفسخ يدفع المهددة عن نفسه فله ذلك بخلاف

النكاح لان الحقوق في باب النكاح لا ترجع الى العاقد بل هوسفير ومعبوقاذفر غ عن السفارة والعبارة التحق
بالاجانب وأما قيام الثمن في يد البائع هل هو شرط لصحة الاجازة أم لا فلا مر لا يخلو اما ان كان الثمن ديناً كالدرهم
والدنانير والفلوس الناقصة والموزون الموصوف والمكيل الموصوف في الذمة واما ان كان عينا كالعروض فان
كان ديناً فقيامه في يد البائع ليس بشرط للحقوق الاجازة لان الدين لا يضمن بالتمين فكان قيامه بقيام الذمة وان كان
عينا فقيامه شرط للحقوق الاجازة فصار الحاصل ان قيام الاربعة شرط صحة الاجازة اذا كان الثمن ديناً واذا كان عينا
قيام الخمس شرط فان وجدت الاجازة عند قيام الخمس جاز ويكون الثمن للبائع لا للمالك لان الثمن اذا كان عينا
كان البائع مشترى بيمين وجهه والشراء لا يتوقف على الاجازة بل ينفذ على المشتري اذا وجد نقداً عليه بان كان أهلاً وهو
أهل والمالك يرجع عليه بقيمة ماله ان لم يكن له مثل وبمثله ان كان له مثل لانه عقد لنفسه وقد الثمن من مال غيره
فيتوقف النقد على الاجازة فاذا جاز ماله بعد النقد فيرجع عليه بمثله أو بقيمته بخلاف ما اذا كان الثمن ديناً لانه اذا
كان ديناً كان العاقد بائناً من كل وجه ولا يكون مشترى بنفسه أصلاً فتوقف على اجازة المالك فاذا أجاز كان مجيزاً
للمتدفع كان بدله ولو هلك العين في يد الفضولي بطل العقد ولا تلحقه الاجازة ويرد المبيع الى صاحبه ويضمن
للمشتري مثله ان كان له مثل وقيمته ان لم يكن له مثل لانه قبضه بعقد فاسد ولو تصرف الفضولي في العين قبل الاجازة
ينظر ان تصرف فيه قبل القبض فتصرفه باطل لان الملك في العقد الفاسد يقف على القبض وان تصرف فيه بعد ما قبض
باذن المشتري صريحاً أو دلالاً يصبح تصرفه لانه تصرف في ملك نفسه وعليه مثله أو بقيمته لان المقبوض بالبيع الفاسد
مضمون به ولا تلحقه الاجازة لانه ملك بجواز تصرفه فيه فلا يحتمل الاجازة بعد ذلك ولو تصرف المشتري في
المبيع قبل الاجازة لا يجوز تصرفه سواء كان قبض المبيع أو لم يقبضه لعدم اذن ماله والله تعالى أعلم (وأما) الولاية
فالولاية في الاصل نوعان نوع ثبت بتولية المالك ونوع ثبت شرعاً لا بتولية المالك أما الاول فهو ولاية الوكيل
فينفذ تصرف الوكيل وان لم يكن المحل مملوكاً له لوجود الولاية الاستفادة من الموكل وأما الثاني فهو ولاية الاب والجد
أب الاب والوصي والقاضي وهو نوعان أيضاً ولاية النكاح وولاية غيره من التصرفات أما ولاية النكاح فوضع
بينها كتاب النكاح وأما ولاية غيره من المعاملات فالكلام فيه في مواضع في بيان سبب هذه الولاية وفي بيان
شرائطها وفي بيان ترتيب الولاية أما الاول فبسبب هذا النوع من الولاية في التحقيق شيان أحدهما الولاية
والثاني القضاء لان الجد من قبل الاب أب لكن بواسطة وصي الاب والجد استفاد الولاية منهم فكان ذلك ولاية
الابوة من حيث المعنى وصي القاضي يستفيدا لولاية من القاضي فكان ذلك ولاية القضاء معنى أما الابوة فلانها
داعية الى كمال النظر في حق الصغير لو فو رشفقة الاب وهو قادر على ذلك لكمال رأيه وعقله والصغير عاجز عن النظر
لنفسه بنفسه وثبوت ولاية النظر للقادر على العاجز عن النظر أمر معقول مشروع لانه من باب الاعانة على البر ومن
باب الاحسان ومن باب اعانة الضعيف واغاثة اللهبان وكل ذلك حسن عقلاً وشرعاً ولان ذلك من باب شكر
النعمة وهي نعمة القدرة اذا شكر كل نعمة على حسب النعمة فشكر نعمة القدرة معونة العاجز وشكر النعمة واجب
عقلاً وشرعاً فضلاً عن الجواز وصي الاب قائم مقامه لانه رضي به واختاره فالظاهر انه ما اختاره من بين سائر الناس
الاعلمه بان شفقتة على ورثته مثل شفقتة عليهم ولولا ذلك لما ارتضاه من بين سائر الناس فكان الوصي خلقاً عن الاب
وخلف الشيء قائم مقامه كانه هو والجد له كمال الرأي وفور الشفقة الا ان شفقتة دون شفقة الاب فلا جرم تأخرت
ولايته عن ولاية الاب وولاية وصيه وصي وصيه أيضاً لان تلك ولاية الاب من حيث المعنى على ما ذكرنا وصي
الجد قائم مقامه لانه استفاد الولاية من جهته وكذا وصي وصيه وأما القضاء فلان القاضي لا يختص به بكمال العلم
والعقل والورع والتقوى والخصال الحميدة أشفق الناس على اليتامى فصلح ولما وقد قال عليه الصلاة والسلام
السلطان ولي من لا ولي له الا ان شفقتة دون شفقة الاب والجد لان شفقتهم تنشأ عن القرابة وشفقتة لا وكذا وصيه

فتأخرت ولايته عن ولايتهما

فصل وأما شرائطها فأشياء يرجع إلى المولى وبعضها يرجع إلى المولى عليه وبعضها يرجع إلى المولى فيه أما الذي يرجع إلى المولى فأشياء (منها) أن يكون حراً فلا تثبت ولاية العبد لقوله سبحانه وتعالى ضرب الله مثلاً عبداً مملوكاً لا يقدر على شيء ولا نه لا ولاية له على نفسه فكيف تثبت له الولاية على غيره (ومنها) أن يكون عاقلاً فلا ولاية للمجنون لما قلنا (ومنها) إسلام المولى إذا كان المولى عليه مسلماً فإن كان كافراً لا تثبت له عليه الولاية لقوله عز وجل ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً ولأن تنفيذ الولاية للكافر على المسلم يشعر بالذل به وهذا لا يجوز (وأما) الذي يرجع إلى المولى عليه فالصغر فلا تثبت الولاية على الكبير لأنه يقدر على دفع حاجة نفسه فلا حاجة إلى اثبات الولاية عليه لغيره وهذا لأن الولاية على الحر تثبت مع قيام المنافي للضرورة ولا ضرورة حالة القدرة فلا تثبت (وأما) الذي يرجع إلى المولى فيه فهو أن لا يكون من التصرفات الضارة بالمولى عليه لقوله عليه الصلاة والسلام لا ضرر ولا ضرار في الإسلام وقال عليه الصلاة والسلام من لم يرحم صغيرنا فليس منا والضرار بالصغير ليس من الرحمة في شيء فليس له أن يهب مال الصغير من غيره بغير عوض لأنه أزاله ملكه من غير عوض فكان ضرراً محضاً وكذا ليس له أن يهب بموضع عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد له ذلك (وجه) قوله أن الهبة بموضع معاوضة المال بالمال فكان في معنى البيع فملكها كما يملك البيع (ولهما) أنها هبة ابتداء بدليل أن الملك فيها يقف على القبض وذلك من أحكام الهبة وأما تصير معاوضة في الانتهاء وهو لا يملك الهبة فلم تنعقد هبته فلا يتصور أن تصير معاوضة بخلاف البيع لأنه معاوضة ابتداء وانتهاء وهو يملك المعاوضة وليس له أن يتصدق بماله ولا أن يوصي به لأن التصديق والوصية أزاله الملك من غير عوض مالى فكان ضرراً فلا يملكه وليس له أن يطلق امرأته لأن الطلاق من التصرفات الضارة المحضة وليس له أن يعتق عبده سواء كان بعوض أو بغير عوض أما بغير عوض فلا نه ضرر محض وكذا بعوض لأنه لا يقابل به العوض للحال لأن العتق معلق بنفس القبول وإذا عتق بنفس القبول يبقى الدين في ذمة القبلتس وقد يحصل وقد لا يحصل فكان الاعتاق ضرراً محضاً للحال وكذا ليس له أن يقرض ماله لأن القرض أزاله الملك من غير عوض للحال وهو معنى قولهم القرض تبرع وهو لا يملك سائر التبرعات كذا هذا بخلاف القاضى فإنه يقرض مال اليتيم (وجه) الفرق أن القراض من القاضى من باب حفظ الدين لأن توى الدين بالافلاس أو بالانكار والظاهر أن القاضى يختار أملى الناس وأوتهم وله ولاية التفحص عن أحوالهم فيختار من لا يتحقق إفلاسه ظاهر أو غالباً وكذا القاضى يقضى بعلمه فلا يتحقق التوى بالانكار وليس لغير القاضى هذه الولاية فبقى القراض منه أزاله الملك من غير أن يقابل به عوض للحال فكان ضرراً فلا يملكه وله أن يدين ماله من غيره وصورة الاستدانة أن يطلب إنسان من غير الأب أو الوصى أن يبيعه شيئاً من أموال الصغير بمثل قيمته حتى يجعل أصل الشيء ملكه ونحن المبيع ديناً عليه ليرده فإن باعه منه بزيادة على قيمته فهو غنيه وأما ملك الادانة ولم يملك القرض لأن الادانة بيع ماله بمثل قيمته وليس له أن يزوجه عبده لأنه يتعلق المهر برقبته وفيه ضرر وليس له أن يبيع ماله بأقل من قيمته قدر ما لا يتغابن الناس فيه عادة ولو باع لا ينفذ بيعه لأنه ضرر في حقه وكذا ليس له أن يؤجر نفسه أو ماله بأقل من أجره المثل قدر ما لا يتغابن الناس فيه عادة وليس له أن يشتري بماله شيئاً بأكثر من قيمته قدر ما لا يتغابن الناس فيه عادة لما قلنا ولو اشتري ينفذ عليه ويكون المشتري له لأن الشراء وجد فذا أعلى المشتري وله أن يقبل الهبة والصدقة والوصية لأن ذلك تقع محض فيملكه المولى وقال عليه الصلاة والسلام خير الناس من ينفع الناس وهذا يجري مجرى الحث على النفع والحث على النفع ممن لا يملك النفع عبث وله أن يزوجه أمته لأنه نفع وله أن يبيع ماله بأكثر من قيمته ويشتري له شيئاً بأقل من قيمته لما قلنا وله أن يبيعه بمثل قيمته وبأقل من قيمته مقدار ما يتغابن الناس فيه عادة وله أن يشتري له شيئاً بمثل قيمته وبأكثر من قيمته قدر ما يتغابن الناس فيه عادة وكذا له أن يؤجر نفسه وماله بأكثر من أجر مثله أو بأجر مثله أو بأقل منه قدر ما يتغابن الناس

فيه عادة وكذاله أن يستأجر له شيئاً بأقل من أجر المثل أو بأجر المثل أو بأكثر منه قدر ما يتغابن الناس فيه عادة ولو أجز نفسه أو ماله ثم بلغ الصبي في المدة فله الخيار في اجارة النفس ان شاء مضى عليها وان شاء أبطاها ولا خيار له في اجارة المال (وجهه) الفرق ان اجارة مال الصغير تصرف في ماله على وجه النظر فيقوم الأب فيه مقامه فلا يثبت له خيار الا بطلان البلوغ فأما اجارة نفسه فتصرف على نفسه بالأضرار وكان ينبغي أن لا يملكه الاب إلا أنه ملكها من حيث انها نوع رياضة وتهذيب للصغير وتأديب له والأب يلى تأديب الصغير فولياها على أنها تأديب فإذا بلغ فقد انقطعت ولاية التأديب وهو الفرق وله أن يسافر بماله وله أن يدفع ماله مضاربة وله أن يبضع وله أن يوكل بالبيع والشراء والاجارة والاستئجار لان هذه الاشياء من توابع التجارة فكل من ملك التجارة يملك ما هو من توابعها ولهذا ملكها المأذون وله أن يعير ماله استحسانا والقياس أن لا يجوز (وجهه) القياس ان الاعارة تملك المنفعة بغير عوض فكان ضررا (وجهه) الاستحسان ان هذا من توابع التجارة وضررها تملك تلك التجارة ولهذا ملكها المأذون وله أن يودع ماله لان الايداع من ضرورات التجارة وله أن يأذن له بالتجارة عندنا اذا كان يعقل البيع والشراء لان الاذن بالتجارة دون التجارة فاذا ملك التجارة بنفسه فلان يملك الاذن بالتجارة أولى وله أن يكتب عبده لان المكتابة عقد معاوضة فكان في معنى البيع وله أن يرهن ماله بدينه لان الرهن من توابع التجارة لان التاجر يحتاج اليه ولانه قضاء الدين وهو يملك قضاء دينه من ماله فيملك الرهن بدينه أيضا وله أن يرهن ماله بدين نفسه أيضا لان عين المرهون تحت يد المرتهن إلا أنه اذا هلك يضمن مقدار ما صار مؤديا من ذلك دين نفسه وله أن يجعل ماله مضاربة عند نفسه وينبغي أن يشهد على ذلك في الابتداء ولو لم يشهد يحل له الرجوع فيما بينه وبين الله تعالى ولكن القاضي لا يصدقه وكذلك اذا شارك ورأس ماله أقل من مال الصغير فان أشهد فالرجوع على ما شرط وان لم يشهد يحل فيما بينه وبين الله تعالى ولكن القاضي لا يصدقه ويجعل الرجوع على قدر رأس مالهما وما عرفت من الجواب في الاب فهو الجواب في وصيه حال عدمه وفي الجد وصيه حال عدمه إلا أن بين الاب وصيه وبين الجد وصيه فرق من وجوه مخصوصة (منها) ان الاب أو الجد اذا اشترى مال الصغير لنفسه أو باع مال نفسه من الصغير بمثل قيمته أو بأقل جاز ولو فعل الوصي ذلك لا يجوز عند محمد وأصله وعند أبي حنيفة وأبي يوسف ان كان خيرا لليتيم جاز والا فلا (ومنها) ان لهما ولاية الاقتصاص لاجل الصغير في النفس ومادونها وللوصي ولاية الاقتصاص فيادون النفس وليس له ولاية الاقتصاص في النفس (ومنها) ان له ولاية الصلح في النفس ومادونها على قدر الدية من غير حط بلا خلاف وليس لهما ولاية العفو وفي جواز الصلح من الوصي روايتان وقد ذكرنا الوجه في ذلك في كتاب الصلح ثم ولى اليتيم هل يأكل من مال اليتيم فتقول لا خلاف في أنه اذا كان غنيا لا يأكل لقوله تعالى ومن كان غنيا فليستعفف فاما اذا كان فقيرا فهل له أن يأكل على سبيل الاباحة أو ليس له أن يأكل الا قرضا اختلف فيه الصحابة رضي الله عنهم روى عن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما ان له أن يأكل على سبيل الاباحة لكن المعروف من غير اسراف وهو قول سيدتنا عائشة رضي الله عنها وروى عن سيدنا عمر رضي الله عنه أنه يأكل قرضا فاذا أيسر قضى وهو احدى الروايتين عن ابن عباس رضي الله عنهما الصحيح هو لا بقوله تعالى فاذا دفعتم اليهم أموالهم فأشهدوا عليهم أمر سبحانه وتعالى بالشهادة على الاتام عند دفع المال اليهم ولو كان المال في أيدي الأولياء بطريق الامانة لكان لا حاجة الى الاشهاد لان القول قول الولي اذا قال دفعتم المال الى اليتيم عند انكاره وانما الحاجة الى الاشهاد عند الاخذ قرضا لئلا يأكل منه لان في قضاء الدين القول قول صاحب الدين لا قول من يقضى الدين وعن سعيد بن جبير رضي الله عنه انه فسر قوله عز وجل ومن كان فقيرا فليأكل المعروف قال قرضا احتج الاولون بظاهر قوله عز شأنه ومن كان فقيرا فليأكل المعروف أطلق الله عز شأنه لولى اليتيم أن يأكل من مال اليتيم بالمعروف وهو الوسط من غير اسراف وروى ان رجلا سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ليس لى مال ولى يتيم فقال عليه الصلاة والسلام كل من مال يتيمك

غير مسرف ولا متأنل مالك بماله وذ كرمحمد ومالك في الموطن أن الافضل هو الاستغفار من ماله لما روى أن رجلا أتى عبد الله بن مسعود رضي الله عنه فقال له أوصني إلى يتيم فقال عبد الله لا تشتري من ماله شيئا ولا تستقرض من ماله شيئا والله سبحانه وتعالى أعلم

فصل وأما ترتيب الولاية فأولى الأولياء الأب ثم وصيه ثم وصي وصيه ثم الجدة ثم وصيه ثم وصي وصيه ثم القاضي ثم من نصبه القاضي وهو وصي القاضي وإنما ثبت الولاية على هذا الترتيب لأن الولاية على الصغار باعتبار النظر لهم لم يجزهم عن التصرف بأنفسهم والنظر على هذا الترتيب لأن ذلك مبني على الشفقة وشفقة الأب فوق شفقة الكل وشفقة وصيه فوق شفقة الجد لأنه مرضى الأب ومختاره فكان خلف الأب في الشفقة وخلف الشئ قائم مقامه كأنه هو وشفقة الجد فوق شفقة القاضي لأن شفقته تنشأ عن القرابة والقاضي أجنبي ولا شك أن شفقة قريب على قريبه فوق شفقة الأجنبي وكذا شفقة وصيه لأنه مرضى الجد وخلفه فكان شفقته مثل شفقته وإذا كان ما جعل له الولاية على هذا الترتيب كانت الولاية على هذا الترتيب ضرورة لأن ترتيب الحكم على حسب ترتيب العلة والله سبحانه وتعالى أعلم وليس لمن سوى هؤلاء من الأم والأخ والعم وغيرهم ولاية التصرف على الصغير في ماله لأن الأخ والعم قاصرا للشفقة وفي التصرفات تجري جنائيات لا يتم لها إلا ذو الشفقة الوافرة والأم وإن كانت لها فور الشفقة لكن ليس لها كمال الرأي لقصور عقل النساء عادة فلا تثبت لهن ولاية التصرف في المال ولا لوصيهن لأن الوصي خلف الموصي قائم مقامه فلا يثبت له إلا قدر ما كان للموصي وهو قضاء الدين والحفظ لكن عند عدم هؤلاء لوصي الأم والأخ أن يبيع المنقول والعقار لقضاء دين الميت والباقي ميراث للصغير ثم ينظر إن كان واحدا ممن ذكرنا حيا حاضرا فليس له ولاية التصرف أصلا في ميراث الصغير لأن الموصي لو كان حيا لا يملكه في حال حياته فكذا الوصي وإن لم يكن فله ولاية الحفظ لا غير إلا أنه يبيع المنقول لما إن يبيع المنقول من باب الحفظ لأن حفظ الثمن أيسر وليس له أن يبيع العقار لاستغنائه عن الحفظ لكونه محفوظا بنفسه وكذا لا يبيع الدراهم والدنانير لأنها محفوظة وليس له أن يشتري شيئا على سبيل التجارة وله أن يشتري ما لا يدمنه للصغير من طعامه وكسوته وما استفاد الصغير من المال من جهة أخرى سوى الإرث بان وهب له شيء أو أوصى له به فليس له ولاية التصرف فيه أصلا عقارا كان أو منقولا لأنه لم يكن للموصي عليه ولاية فكذا الوصي (وأما) وصي المكاتب فله أن يبيع المنقول والعقار لقضاء دين المكاتب ولقضاء دين الكتابة لأن المكاتب كان يملكه بنفسه فكذا وصيه وما فضل من كسبه يكون ميراثا لورثته (أما) الأحرار منهم فلا شك وكذا الولد المولود في الكتابة ومن كوتب معه لأنه عتق في آخر جزء من أجزاء حياته بعق آبيه وإذا صار القاضل من كسبه ميراثا لورثته فهل يملك التصرف في ما لهم ذكر في الزيادات أنه لا يملك إلا الحفظ وجمله بمنزلة وصي الأم والأخ والعم وفي كتاب القسمة الحقة بوصي الأب فإنه أجاز قسمته في العقارات والقسمة في معنى البيع فمن جازت قسمته يجوز بيعه فكان في ربه وإيتان وهذا إذا مات قبل أداء بدل الكتابة فاما إذا أدى بدل الكتابة في حال حياته وعتق ثم مات كان وصيه كوصي الحر بلا خلاف والثاني أن لا يكون في المبيع حق لغير البائع فإن كان لا ينعقد كالمهرن والمستأجر لأن فيه إبطال حق المرتن والمستأجر وهذا لا يجوز وقد اختلفت عبارات الكتب في هذه المسئلة في بعضها أن البيع فاسد وفي بعضها أنه موقوف وهو الصحيح لأن ركن البيع صدر من أهله مضيا إلى مال متقوم مملوك له مقدور التسليم من غير ضرر يلزمه والدليل على أنه مقدور التسليم أنه يمكنه أن يفتك الرهن بقضاء الدين فيسلبه إلى المدين وكذا احتمال الإجازة من المرتن والمستأجر ثابت في البابين جميعا إلا أنه لم ينفذ للحال لتعلق حقهما فتوقف ويمكن التوفيق بين الروايتين بأن يحمل قوله فاسد على أنه لا حكم له ظاهر وهو تفسير الموقوف عندنا فإذا توقف على إجازتهما فإن إجازة جاز ونفذ وهل يملك المطالبة بالقسوخ ذكر القدوري رحمه الله في شرحه وقال أما المستأجر فلا يملك وأما المرتن فيجوز أن يقال يملك فرق بينهما من حيث أن حق المستأجر في

المنفعة لا في العين اذا جارة عقد على المنفعة لا على العين والبيع عقد على العين فلم يكن البيع تصرفاً في محل حق المستأجر فلا يثبت له الخيار وحق المتهن في العين لانه يستوفي الدين من بدل العين بالبيع عند عدم الافتسك من الرهن ولهذا لو أجاز البيع كان الثمن رهناً عنده فكان البيع تصرفاً في محل حقه فيثبت له الخيار وهل يثبت للمشتري خيار الفسخ فان لم يعلم انه مرهون أو مؤجر يثبت لان العقد المطلق يقتضى التسليم للمحال وقد فاق فيثبت له خيار الفسخ وان علم فلا خيار له لانه رضى بالتسليم في الجملة ولو باع عبده الذي وجب عليه القود فقد لانه لاحق لولى القاتل في نفس القاتل وانما له ولاية استيفاء القصاص وانما لا تبطل بالبيع فيجوز البيع ولا يصير المولى بالبيع مختاراً للقضاء سواء علم بالجناية أو لم يعلم لان حق المولى في القصاص والبيع لا يبطل القصاص وكذلك لو أعتقه أو دبره أو كاتب أمة فاستولدها لمالقلنا وكذلك لو باع عبده الذي هو حلال الدم بالردة لان الردة توجب اباحة الدم لا غير والبيع لا يبطلها وكذلك لو أعتقه أو دبره وكذلك لو باع عبده الذي وجب عليه حدم من الحدود كحد الزنا والقذف والشرب لان الواجب بهذه الجنايات ولاية استيفاء القطع والحد والبيع لا يبطلها ولو باع عبده الذي وجب دفعه بالجناية يجوز علم المولى بالجناية أولاً ولا سبيل لولى الجناية على العبد ولا على المشتري لانه لاحق له في نفس العبد وانما يخاطب المولى بالدفع الا ان يختار القضاء غير انه ان كان عالماً بالجناية يلزمه ارض الجناية بالغاً ما بلغ لان اقدامه على البيع بعد العلم بالجناية اختيار للقضاء اذ لو لم يختار باعه لما فيه من ابطال حق ولى الجناية في الدفع والظاهر انه لا يرضى به وعلى تقدير الاختيار كان البيع ابطالا لحقهم الى بدل وهو القضاء فكان الاقدام على البيع اختياراً للقضاء بخلاف ما اذا كان عليه قتل أو قطع بسبب السرقة أو حلالاً للبيع لا يوجب بطلان هذه الحقوق فلم يكن الاقدام على البيع اختياراً للقضاء فلا تسقط هذه الحقوق بل بقيت على حالها وان كان عالماً بالجناية يلزمه الاقل من قيمته ومن ارض الجناية لانه اذا لم يكن عالماً بالجناية كان البيع استهلاكاً للعبد من غير اختياره فعليه الاقل من قيمته ومن ارض الجناية لانه ما ألتف على ولى الجناية الا قدر الارش الا اذا كان أقلها عشرة آلاف درهم فينقص منها عشرة دراهم لان قيمة قتل العبد خطأ اذ بلغ عشرة آلاف درهم ينقص منها عشرة دراهم وكذلك لو أعتقه المولى أو دبره أو كاتب أمة فاستولدها جاز ولا سبيل لولى الجناية على العبد والمدير وأم الولد غير انه ان علم بالجناية كان ذلك اختياراً آمنه للقضاء وان لم يعلم فعليه الاقل من قيمته ومن الدين وما زاد على هذا نذكره في كتاب جنات العبيد في آخر كتاب الجنات ان شاء الله تعالى

فصل في شرائط الصحة فانواع بعضها يعم البياعات كلها وبعضها يحض البعض دون البعض اما شرائط العامة (فمنها) ما ذكرنا من شرائط الانعقاد والنفاذ لان ما لا ينعقد ولا ينفذ البيع بدونه لا يصح بدونه ضرورة اذ الصحة أمر زائد على الانعقاد والنفاذ فكل ما كان شرط الانعقاد والنفاذ كان شرط الصحة ضرورة وليس كل ما يكون شرط الصحة يكون شرط النفاذ والانعقاد عندنا فان البيع الفاسد ينعقد وينفذ عند اتصال القبض به عندنا وان لم يكن صحيحاً (ومنها) أن يكون المبيع معلوماً ومنه معلوماً عما يمنع من المنازعة فان كان أحدهما مجهولاً جهالة مفضية الى المنازعة ففسد البيع وان كان مجهولاً جهالة لا تقضى الى المنازعة لا يفسد لان الجهالة اذا كانت مفضية الى المنازعة كانت مانعة من التسليم والتسلم فلا يحصل مقصود البيع واذا لم تكن مفضية الى المنازعة لا تمنع من ذلك فيحصل المقصود ويبيانه في مسائل اذا قال بعتك شاة من هذا القطيع أو ثوباً من هذا العدل فالبيع فاسد لان الشاة من القطيع والثوب من العدل مجهول جهالة مفضية الى المنازعة لتفاوح التفاوت بين شاة وشاة وثوب وثوب فيوجب فساد البيع فان عين البائع شاة أو ثوباً وسلمه اليه ورضى به جاز ويكون ذلك ابتداء بيع بالرضا ولا بالبياعات للتوصل الى استيفاء النفوس الى انقضاء آجالها والتنازع يفضى الى التناهي فيتناقض ولان الرضا شرط البيع والرضا يتعلق الا بالعلوم والكلام في هذا الشرط في موضعين أحدهما ان العلم بالمبيع والثمن علماً ما نعاماً من المنازعة شرط صحة البيع والثاني في بيان ما يحصل به العلم بهما (اما) الاول فببانه في مسائل وكذا اذا قال بعتك أحد هذه الاثواب الاربعة

بكذا واذ كوخيار التعيين أوسكت عنه أو قال بعثك أحد هذين الثوبين أو أحد هذه الأثواب الثلاثة بكذا وسكت عن الخيار فالبيع فاسد لان المبيع مجهول ولو ذكر الخيار بان قال على انك بالخيار تأخذ أيها شئت بمن كذا وترد الباقي فالقياس أن يفسد البيع وفي الاستحسان لا يفسد (وجه) القياس ان المبيع مجهول لا نه باع أحدهما غير عين وهو غير معلوم فكان المبيع مجهولا فيمنع صحة البيع كما لو باع أحد الأثواب الاربعة و ذكر الخيار (وجه) الاستحسان الاستدلال بخيار الشرط والجامع بينهما مساس الحاجة الى دفع الغبن وكل واحد من الخيارين طريق الى دفع الغبن وورود الشرع هناك يكون ووروداهما والحاجة تندفع بالتحري في ثلاثة لاقتصار الإلشياء على الجيد والوسط والردى فيبقى الحكم في الزيادة مردود الى أصل القياس ولان الناس تعاملوا هذا البيع لحاجتهم الى ذلك فان كل أحد لا يمكنه أن يدخل السوق فيشتري ما يحتاج اليه خصوصا الاكابر والنساء فيحتاج الى أن يأمر غيره ولا تندفع حاجته بشراء شيء واحد معين من ذلك الجنس لما عسى لا يوافق الأمر فيحتاج الى ان يشتري أحد اثنين من ذلك الجنس فيحملهما جميعا الى الأمر فيختار أيهما شاء بالثمن المذكور ويرد الباقي فجزا ذلك لتعامل الناس ولا تعامل فيما زاد على الثلاثة فبقى الحكم فيه على أصل القياس وقوله المعقود عليه مجهول قلنا هذا ممنوع فانه اذا شرط الخيار بان قال على أن تأخذ أيهما شئت فقد انعقد البيع موجبا للملك عند اختياره لا للحال والمعقود عليه عند اختياره معلوم مع ما ان هذه جهالة لا تنقض الى المنازعة لانه فوض الامر الى اختيار المشتري يأخذ أيهما شاء فلا تقع المنازعة وهل يشترط بيان المدة في هذا الخيار اختلف المشايخ فيه لا خلافا لفظا محمد في هذه المسئلة في الكتب فذكر في الجامع الصغير على أن يأخذ المشتري أيهما شاء وهو فيه بالخيار ثلاثة أيام و ذكر في الاصل على أن يأخذ أيهما شاء بألف ولم يذكر الخيار فقال بعضهم لا يجوز هذا البيع الا بذكر مدة خيار الشرط وهو ثلاثة أيام فادونها عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما الثلاث وما زاد عليها بعد أن يكون معلوما وهو قول الكرخي والطحاوي رحمهما الله وقال بعضهم يصح من غير ذكر المدة (وجه) قول الاولين ان المبيع لو كان ثوبا واحدا معيننا وشرط فيه الخيار كان بيان المدة شرط الصحة بالاجماع فكذا اذا كان واحدا غير معين والجامع بينهما ان ترك التوقيت تجهيل لمدة الخيار وانه مفسد للبيع لان للمشتري أن يردهما جميعا والثابت بخيار التعيين رد أحدهما وهذا حكم خيار الشرط فلا بد من ذكر مدة معلومة (وجه) قول الآخرين ان توقيت الخيار في المعين انما كان شرط لان الخيار فيه منع ثبوت الحكم للحاجة الى دفع الغبن بواسطة التأمل فكان في معنى الاستثناء فلا بد من التوقيت ليصبح استثناء ذلك في الوقت عن ثبوت حكم البيع فيه وخيار التعيين لا يمنع ثبوت الحكم بل يثبت الحكم في أحدهما غير عين وانما يمنع تعين المبيع لا غير فلا يشترط له بيان المدة والله سبحانه وتعالى أعلم والدليل على التفرقة بينهما أن خيار الشرط لا يورث على أصل أصحابنا وخيار التعيين يورث بالاجماع الا أن للمشتري أن يردهما جميعا لا حكما لخيار الشرط المعهود ليشترط له بيان المدة بل لان البيع المضاف الى أحدهما غير لازم فكان محلا للفسخ كالبيع بشرط خيار معهود على ما ذكر ان شاء الله تعالى وعلى هذا يخرج ما اذا اشترى ثوبين أو عشرين أو دابتين على أن المشتري أو البائع بالخيار في أحدهما ثلاثة أيام ولم يعين الذي فيه الخيار من الذي لا خيار فيه ولا بين حصص كل واحد منهما من الثمن أن البيع فاسد فيهما جميعا لجهالة المبيع والثمن (أما) جهالة المبيع فلان القدر في أحدهما بات وفي الآخر خيار ولم يعين أحدهما من الآخر فكان المبيع مجهولا وأما جهالة الثمن فلانه اذا لم يسم لكل واحد منهما ثمن فلا يعرف ذلك الا بالحزر والظن فكان الثمن مجهولا والمبيع مجهولا وجهالة أحدهما تمنع صحة البيع فجها لهما أولى وكذا اذا عين الذي فيه الخيار لكن لم يبين حصص كل واحد منهما من الثمن لان الثمن مجهول وكذا اذا بين ثمن كل واحد منهما لكن لم يعين الذي فيه الخيار من صاحبه لان المبيع مجهول ولوعين وبين جازا البيع فيهما جميعا لان المبيع والثمن معلومان ويكون البيع في أحدهما باتا من غير خيار وفي الآخر فيه خيار لانه هكذا فصل فاذا أجاز من له الخيار البيع فيا له فيه الخيار أو مات أو مضت مدة الخيار من غير فسخ حتى تم البيع ولم

المشتري منهما ليس له أن يأخذ أحدهما أو كلاهما لم ينقد منهما جميعا لأن الخيار لم يسقط ولزم العقد صار كأنه اشتراها جميعا شراءا تاما ولو كان كذلك كان الأمر على ما وصفنا فكذا هذا ولو اشترى ثوبا واحدا أو دابة واحدة بشئ معلوم على أن المشتري أو البائع بالخيار في نصفه ونصفه بات جاز البيع لأن النصف معلوم ومنه معلوم أيضا والله سبحانه وتعالى أعلم ولو باع عدد آمن جملة المدودات المتفاوتة كالطبخ والرمال بدرهم والجملة أكثر مما سمي فالبيع فاسد لجهالة المبيع جهالة مفضية إلى المنازعة فإن عزل ذلك القدر من الجملة بعد ذلك أو تراضيا عليه فهو جائز لأن ذلك بيع مبتدأ بطريق التعاطي واليه أشار في الكتاب فقال وإنما وقع البيع على هذا المزول حين تراضيا وهذا نص على جواز البيع بالمراوضة ولو قال بعث هذا العبد بقيمته فالبيع فاسد لأنه جعل ثمنه قيمته وانما يختلف باختلاف تقويم المقومين فكان الثمن مجهولا وكذلك إذا اشترى من هذا العبد ثلثة أرطال بدرهم ولم يبين الموضع فالبيع فاسد وكذلك إذا بين الموضع بأن قال زن لي من هذا الجنب رطلا بكذا أو من هذا القمح على قياس قول أبي حنيفة في السلم وعلى قياس قولهما يجوز وكذا روى عن محمد رحمه الله أنه يجوز وكذا إذا باع بحكم المشتري أو بحكم فلان لأنه لا يدري بما إذا يحكم فلان فكان الثمن مجهولا وكذا إذا قال بعثك هذا بغير حنطة أو بغير شئ شعير لأن الثمن مجهول وقيل هو البيعان في بيع وقد روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيعين في بيع وكذا إذا قال بعثك هذا العبد بالف درهم إلى سنة أو بالف وخمسائة إلى سنتين لأن الثمن مجهول وقيل هو الشرطان في بيع وقد روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن شرطين في بيع ولو باع شيئا بربح ده بازده ولم يعلم المشتري رأس ماله فالبيع فاسد حتى يعلم فيختار أو يدع هكذا روى ابن رستم عن محمد أنه إذا لم يعلم رأس ماله كان ثمنه مجهولا وجهالة الثمن تمنع صحة البيع فاذا علم ورضى به جاز البيع لأن المانع من الجواز هو الجهالة عند العقد وقد زالت في المجلس وله حكم حالة العقد فصار كأنه كان معلوما عند العقد وإن لم يعلم به حتى إذا افترا قهر الفساد ولو هلك المبيع قبل العلم بعد القبض فعليه قيمته لأن هذا حكم البيع الفاسد وقد قرر الفساد بالهلاك لأن بالهلاك خرج البيع عن احتمال الاجازة والرضا لأن الاجازة إنما تلحق القاسم دون الهالك فتقرر الفساد فلزمته القيمة وروى ابن شجاع عن محمد أن البيع جائز ومعناه أنه موقوف على الاجازة واليه أشار أبو يوسف رحمه الله فإنه قال صح وهذه أمانة البيع الموقوف فإن مات البائع قبل أن يرضى المشتري وقد قبض أو لم يقبض انتقض البيع ولو كان المبيع عبداً فقبضه ثم أعتقه أو باعه أو مات قبل العلم جاز العتق والبيع وعليه قيمته لوجود الهلاك حقيقة بالموت وبالاتفاق في المبيع فخرج البيع عن احتمال الاجازة فكذلك الفساد فيلزمه القيمة ولو أعتقه بعد ما علم رأس المال فعليه الثمن لأن أقدامه على الاعتاق دليل الاجازة ولو عتق بالقرابة قبل العلم بالثمن بعد القبض فعليه قيمته لأنه لا صنع له في القرابة فلم يوجد دليل الاجازة فكان العتق بها بمنزلة هلاك العبد قبل العلم وهناك تجب القيمة كذا ههنا وكذا إذا باع الشئ برقه أو رأس ماله ولم يعلم المشتري رقبه ورأس ماله فهو كذا إذا باع شيئا بربح ده بازده ولم يعلم ما اشترى به ولو قال بعثك قفيزا من هذه الصبرة صح وإن كان قفيزا من صبرة مجهولا لكن هذه جهالة لا تقضي إلى المنازعة لأن الصبرة الواحدة مماثلة القفزات بخلاف الشاة من القطيع وثوب من الاربعه لأن بين شاة وشاة تفاوتاً فاحشا وكذا بين ثوب وثوب والله سبحانه وتعالى أعلم ولو باع شيئا بعشرة دراهم أو بعشرة دنانير وفي البلد قود مختلفة انصرف إلى النقد الغالب لأن مطلق الاسم ينصرف إلى المتعارف خصوصا إذا كان فيه صحة العقد وإن كان في البلد قود غالبية فالبيع فاسد لأن الثمن مجهول إذا البعض ليس بأولى من البعض وعلى هذا يخرج أصل أبي حنيفة عليه الرحمة أن جملة الثمن إذا كانت مجهولة عند العقد في بيع مضاف إلى جملة فالبيع فاسد إلا في القدر الذي جهالته لا تقضي إلى المنازعة وجملة الكلام فيه أن المبيع لا يخلو ما كان من المثليات من المكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة وأما أن يكون من غيرها من الذريعات والعدديات المتفاوتة ولا يخلو ما كان سمي جملة الكيل والوزن والعدد والذرع في البيع وأما أن لم يسم المكيالات فإن لم يسم جملته إبان قال بعث منك هذه الصبرة كل قفيز منها

بدرهم لم يحجز البيع الا في قفيز منها بدرهم ويلزم البيع فيه عند أبي حنيفة ولا يجوز في الباقي الا اذا علم المشتري جملة القفران قبل الافتراق بان كلفا فله الخيار ان شاء أخذ كل قفيز بدرهم وان شاء ترك وان لم يعلم حتى افتراقا في المجلس تقرر الفساد وعند أبي يوسف ومحمد يلزمه البيع في كل الصبرة كل قفيز منها بدرهم سواء علم أو لم يعلم وعلى هذا الخلاف اذا قال كل قفيز منها بدرهمين أو كل ثلاثة أقفزة منها بثلاثة دراهم وعلى هذا الخلاف الوزن الذي لا ضرر في تبغيضه كالزيت وتبر الذهب والفضة والعددي المتقارب كالجوز واللوز اذا لم يسم جملة (وأما) الذرعات فان لم يسم جملة الذرعان بان قال بت منك هذا الثوب أو هذه الارض أو هذه الخشبة كل ذراع منها بدرهم فالبيع فاسد في الكل عند أبي حنيفة رحمه الله الا اذا علم المشتري جملة الذرعان في المجلس فله الخيار ان شاء أخذ وان شاء ترك وان لم يعلم حتى اذا تفرقا تقرر الفساد وعند أبي يوسف ومحمد يجوز البيع في الكل ويلزمه كل ذراع منه بدرهم وعلى هذا الخلاف اذا قال كل ذراعين بدرهمين أو كل ثلاثة أذرع بثلاثة دراهم وعلى هذا الخلاف العدديات المتفاوتة كالأغنام والعبيد بان قال بت منك هذا القطيع من الغنم كل شاة منها بعشرة دراهم ولم يسم جملة الشياه وعلى هذا الخلاف الوزني الذي في تبغيضه ضرر كالمصوغ من الاواني والقلب ونحو ذلك (وجه) قولهما في مسائل الخلاف أن جملة البيع معلومة وجملة الثمن ممكن الوصول الى العلم بالكيل والوزن والعدد والذرع فكانت هذه جهالة يمكن الرفع والازالة ومثل هذه الجهالة لا تمنع صحة البيع كما اذا باع بوزن هذا الحجر ذهباً ولا في حنيفة رحمه الله أن جملة الثمن مجهولة حالة العقد جهالة مفضية الى المنازعة فتوجب فساد العقد كما اذا باع الشيء برقمه ولا شك أن جهالة الثمن حالة العقد مجهولة لانه باع كل قفيز من الصبرة بدرهم وجملة القفران ليست بمعلومة حالة العقد فلا تكون جملة الثمن معلومة ضرورة وكذلك هذا في الموزون والمعدود والمذروع وقولهما يمكن رفع هذه الجهالة مسلم لكنها ثابتة للحال الى أن ترتفع وعندنا اذا ارتفعت في المجلس يتقلب العقد الى الجواز لان المجلس وان طال فله حكم ساعة العقد والبيع بوزن هذا الحجر ذهباً ممنوع على اصل أبي حنيفة رحمه الله وانما اختلاف جواب أبي حنيفة بين المثليات وغيرها من وجه حيث جواز البيع في واحد في باب الامثال ولم يحجز في غيرها أصلاً لان المانع من الصحة جهالة الثمن لكونها مفضية الى المنازعة وجهالة قفيز من صبرة غير مانعة مع الصحة لانها لا تقضي الى المنازعة الا ترى لو اشترى قفيزاً من هذه الصبرة ابتداء جازاً فاذا تعذر العمل بعموم كلمة كل صرفت الى الخصوص لانه يمكن على الاصل المهود في صيغة العام اذا تعذر العمل بعمومها أنها تصرف الى الخصوص عندا مكان الصرف اليه بخلاف الاشياء المتفاوتة لان جهالة شاة من قطيع وذراع من ثوب جهالة مفضية الى المنازعة الا ترى أن بيع ذراع من ثوب وشاة من قطيع لا يجوز ابتداء فتعذر العمل بعموم كلمة كل ففسد البيع في الكل ولو قال بت منك هذا القطيع من الغنم كل شاتين بعشرين درهما فالبيع فاسد في الكل بالاجماع وان علم المشتري عدد الجملة في المجلس واختار البيع فرق بين المعدود والمتفاوت وبين المذروع والكيل والموزون والمعدود والمتقارب أن الواحد والاثنين هناك على الاختلاف واذا علم في المجلس واختار البيع يجوز بلا خلاف وههنا لا يجوز في الاثنين بلا خلاف وان علم واختار البيع (وجه) الفرق أن المانع هناك جهالة الثمن وهي محتملة الارتفاع والازوال ثمة بالعلم في المجلس فكان المانع محتمل الازوال والجهالة ههنا لا محتمل الارتفاع أصلاً لان ثمة كل واحد منهما مجهول لا يدري كم هو ولو قال بت منك هذه الصبرة بمائة درهم كل قفيز بدرهم ولم يسم جملة الصبرة ولكنه سمي جملة الثمن لم يذكر هذا في الاصل وذكر الطحاوي رحمه الله أنه يجوز وهو صحيح لان المانع جهالة الثمن ولم توجد حيث سماها وصارت تسمية جملة الثمن بمنزلة تسمية جملة المبيع ولو سمي جملة المبيع لجاز على ما ذكره كذا هذا الذي ذكرنا اذا لم يسم جملة المبيع من المكيلات والموزونات والمذروعات والمعدودات فأما اذا سماها بان قال بت منك هذه الصبرة على أنها مائة قفيز كل قفيز بدرهم أو قال على أنها مائة قفيز بمائة درهم سمي لكل واحد من القفران ثمناً على حدة أو سمي للكل ثمناً واحداً هما سواء فلا شك في جواز البيع لان جملة المبيع معلومة وجملة الثمن

معلومة ثم ان وجدها كما يسمى فالامر ماض ولا خيار للمشتري وان وجدها أزيد من مائة قفيز فالزيادة لا تسلم للمشتري بل ترد الى البائع ولا يكون للمشتري الا قدر ما سمي وهو مائة قفيز ولا خيار له وان وجدها أقل من مائة قفيز فالمشتري بالخيار ان شاء أخذها بحصتها من الثمن وطرح حصصة النقصان وان شاء تركها وأصل هذا أن الزيادة فيما لا ضرر في تبعيضه لا تجري مجرى الصفة بل هي أصل فلا بد وان يقابل الثمن ولا تمن للزيادة فلا يدخل في البيع فكان ملك البائع فيرد اليه والنقصان فيه نقصان الاصل لا نقصان الصفة فاذا وجدها نقص مما سمي نقص من الثمن حصصة النقصان وان شاء ترك لان الصفة تفرقت عليه لانها وقعت على مائة قفيز ولم تسلم له فأوجب خلافا في الرضا فيثبت له خيار الترتك وكذا الجواب في الموزونات التي ليس في تنقيصها ضرر لان الزيادة فيها لا تجري مجرى الصفة بل هي أصل بنفسها وكذلك المعدودات المتقاربة (وأما) المذروعات من الثوب والارض والخشب وغيرها فان سمي لجملة الذرعان ثمنا واحدا ولم يسم لكل ذراع منها على حدة بان قال بت منك هذا الثوب على انه عشرة أذرع بعشرة دراهم فالبيع جائز لان المبيع وثمنه معلومان ثم ان وجدته مثل ما سمي لزمه الثوب بعشرة دراهم ولا خيار له وان وجدته احد عشر ذراعا فالزيادة سالمة للمشتري وان وجدته تسعة أذرع لا يطرح لاجل النقصان شيئا من الثمن وهو بالخيار ان شاء أخذها بجميع الثمن وان شاء ترك فرق بينهما وبين المكيلات والموزونات التي ليس في تنقيصها ضرر والعدديات المتقاربة (ووجه) الفرق ان زيادة الذرع في المذروعات جارية مجرى الصفة كصفة الجودة والكتابة والخياطة ونحوها والثمن يقابل الاصل لا الصفة والدليل على انها جارية مجرى الصفة ان وجودها يوجب جودة في الباقي وفواتها يسلب صفة الجودة ويوجب الرداءة فتلحق الزيادة بالجودة والنقصان بالرداءة حكما والجودة والرداءة صفة والصفة ترد على الاصل دون الصفة الا ان الصفة تملك تبعا للموصوف لكونها تابعة قائمة به فاذا زاد صار كأنه اشتراه رد ثانيا فاذا هو جيد كما اذا اشترى عبداً على انه ليس بكا تبة وليس بخياط فوجده كاتباً أو خياطاً واشترى عبداً على انه أعور فوجده سليم العينين واشترى جارية على انها ثيب فوجدها بكر اسلم له ولا خيار للبائع كذا هذا واذا نقص صار كأنه اشتراه على انه جيد فوجده رد ثانياً واشترى عبداً على انه كاتب أو خياط أو صحيح العينين فوجده غير كاتب ولا خباز ولا صحيح العينين واشترى جارية على انها بكر فوجدها ثيباً لا يطرح شيئا من الثمن لكن يثبت له الخيار كذا هذا بخلاف المكيلات والموزونات التي لا ضرر فيها اذا نقصت والمعدودات المتقاربة لان الزيادة فيها غير ملحقة بالاصول لانها أصل بنفسها حقيقة والعمل بالحقيقة واجب ما لم يكن الا أنها ألحقت بالصفة في المذروعات ونحوها لان وجودها يوجب الجودة والكمال للباقي وفواتها يوجب النقصان والرداءة له وهذا المعنى ههنا منعدم فبقيت أصلاً بنفسها حقيقة وان سمي لكل ذراع منها ثمن على حدة بان قال بت منك هذا الثوب على انه عشرة أذرع كل ذراع بدرهم فالبيع جائز لما قلنا ثم ان وجدته مثل ما سمي فالامر ماض ولزمه الثوب كل ذراع بدرهم وان وجدته احد عشر ذراعا فهو بالخيار ان شاء أخذ كله باحد عشر درهما وان شاء ترك وان وجدته تسعة أذرع فهو بالخيار ان شاء طرح حصصة النقصان درهما وأخذ به تسعة دراهم وان شاء ترك لفرق الصفة عليه وهذا يشكل على الاصل الذي ذكرنا ان زيادة الذرع في المذروعات تجري مجرى الصفة لها لان الثمن يقابل الاصل دون الوصف فينبغي أن تكون الزيادة سالمة للمشتري ولا خيار له ولا يطرح لاجل النقصان شيئا كما في الفصل الاول لان الثمن يقابل الاصل دون الصفة بمنزلة زيادة الجودة ونقصان الرداءة على ما ذكرنا وحل هذا الاشكال ان الذرع في المذروعات انما يجري مجرى الصفة على الاطلاق اذا لم يفرّد كل ذراع ثمن على حدة (فأما) اذا فرّده فلا يجري مجرى الصفة مطلقا بل يكون أصلاً من وجهه وصفة من وجهه فمن حيث ان التبعض فيها يوجب تعيب الباقي كانت الزيادة صفة بمنزلة صفة الجودة ومن حيث انها سمي لكل ذراع ثمن على حدة كان كل ذراع معقودا عليه فكانت الزيادة أصلاً من وجهه وصفة من وجهه فمن حيث انها صفة كانت للمشتري لان الثمن يقابل الاصل

لا الصفة وانما يدخل في البيع تبعاً على ما بينا ومن حيث انها اصل لا يسلم له الا بزيادة ثمن اعتباراً للجهتين جميعاً بقدر
الامكان فله الخيار في اخذ الزيادة وتركها لانه لو لم يمه الاخذ لاحالة يلزمه زيادة ثمن لم يكن لزومه مظاهراً عند العقد
واختل رضاه فوجب الخيار وفي النقصان ان شاء طرح قدر النقصان واخذ الباقي اعتباراً للجهة الاصاله وان شاء ترك
لان الصفة تفرقت عليه وأوجب خلافاً في الرضا وذاً بوجب الخيار هذا اذا كانت الزيادة والنقصان ذراعاً تاماً فأما
اذا كانت دون ذراع لم يذكروا في ظاهر الروايات وذكر في غير رواية الاصول اختلاف أقاويل أصحابنا الثلاثة في
كيفية الخيار فيه فأبو حنيفة ومحمد رحمهما الله فرقا بين الزيادة والنقصان غير ان أبا حنيفة جعل زيادة نصف ذراع بمنزلة
زيادة ذراع فقال ان شاء أخذه بأحد عشر درهماً وان شاء ترك وجعل نقصان نصف ذراع كقسط نقصان لكن
جعل له الخيار فقال ان شاء أخذه بعشرة دراهم وان شاء ترك ولا يطرح من الثمن شيئاً لأجل النقصان ومحمد جعل على
القلب من ذلك فجعل زيادة نصف ذراع كالأخذ بزيادة فقال يأخذ المشتري بجميع الثمن ولا خيار له وجعل نقصان نصف
ذراع كنقصان ذراع كامل وقال ان شاء أخذ بتسعة دراهم وان شاء ترك (وأما) أبو يوسف رحمه الله فسوى بين
الزيادة والنقصان فقال في زيادة نصف ذراع زاد على الثمن نصف درهم وله الخيار ان شاء أخذه بعشرة دراهم ونصف
وان شاء ترك وقال في نقصان نصف ذراع ينقص من الثمن نصف درهم وله الخيار ان شاء أخذه بتسعة دراهم ونصف
وان شاء ترك والقياس ما قاله أبو يوسف وهو اعتبار الجزء بالكل الا أنهم كأما استحسنوا التعامل الناس فجعل أبو
حنيفة زيادة نصف ذراع بمنزلة ذراع تام ونقصان نصف ذراع كقسط نقصان لان الناس في العادات في بيعاتهم
وأشترتهم لا يعدون نقصان نصف ذراع نقصاناً بل يحسبونه ذراعاً تاماً فبني الامر في ذلك على تعامل الناس وجعل
محمد الامر في ذلك على القلب من ذلك لما أن الباعة يسأحن في زيادة نصف على القدر المسمى في البيع عادة ولا يعدونه
زيادة فكانت تلك الزيادة ملحقة بالعدم عادة كأنه لم يزد وكذا يسأحن فيعدون نقصان نصف ذراع في العادات
نقصان ذراع كامل فتركنا القياس بتعامل الناس ويجوز أن يكون اختلاف جوابهما لاختلاف عادات الناس والله
سبب حانه وتعالى أعلم وعلى هذا جميع المذروعات من الارض والخشب وغيرهما انه ان لم يسم لكل ذراع ثمناً بأن قال
بعت منك هذه الارض على انها ألف ذراع بألف درهم فالبيع جائز لما قلنا ثم ان وجدها مثل ماسمي فالأمر ماض
ويلزمه الارض كل ذراع بدرهم وان وجدها أزيد فأن زيادة سالمة له ولا خيار وان وجدها أقل قص فهو بالخيار ان شاء
أخذها بجميع الثمن وان شاء ترك لما ذكرنا ان زيادة الذرع في الذرعات جارية بحرى الصفات والثمن يقابل
الاصل دون الصفة وان سمي لكل ذراع ثمناً على حدة بأن قال كل ذراع بكذا فالبيع جائز لما ذكرنا ثم ان وجدها
مثل ماسمي فالأمر ماض وان وجدها أزيد فهو بالخيار ان شاء أخذ الزيادة بثمنها وان شاء ترك لانه يلزمه زيادة ثمن لم
يلزمه لذا العقد وان وجدها أقل قص تسقط حصته من الثمن وله الخيار لتفرق الصفة على ما ذكرنا في الثوب وعلى هذا
الخشب وغيره من الذرعات وعلى هذا الموزونات التي في تبعيضها ضرر بأن قال بعت منك هذه السبيكة من الذهب
على انها مثقالان بكذا فالبيع جائز ثم ان وجد على ماسمي فالأمر ماض وان وجدها أزيد أو أقل قص فهو على التفصيل
الذي ذكرنا في الذرعات وعلى هذا اذا باع مصوغاً من نحاس أو صفر أو ما أشبه ذلك على أن فيه كذا مثلاً بكذا درهماً
فوجدته أكثر أو أقل فهو على التفصيل الذي ذكرنا لان الوزن في مثله يكون ملحقا بالصفة بمنزلة الذرع في الذرعات
لان تبعيضه يوجب تعيين الباقي وهذا احد الصفة في هذا الباب ولو باع مصوغاً من الفضة على أن وزنه مائة بعشرة
دنانير ولم يسم لكل عشرة ثمناً على حدة بأن قال بعشرة دنانير ولم يقل كل وزن عشرة دنانير وتفاضلوا فافترا فالبيع جائز
ثم ان وجدته على ماسمي فالأمر ماض ولا خيار وان وجدته أزيد بان كان مائتي درهم مثلاً فالكل للمشتري بعشرة
دنانير ولا يزداد في الثمن شيء لان الزيادة فيه بمنزلة الصفة والصفات المحضة لا يقابلها الثمن وان وجدته تسعين أو
ثمانين فهو بالخيار على ما ذكرنا وان سمي لكل عشرة ثمناً على حدة بأن قال بعت منك على أن وزنه مائة بعشرة دنانير كل

وزن عشرة دينار وتقابضاً فالبائع جائز ثم ان وجده على ماسمى فلا ماض ولا خيار وان وجد وزنه أزيد بان كان مائة وخمسين نظراً في ذلك ان علم ذلك قبل التفرق فله الخيار ان شاء زاد في الثمن خمسة دنانير وأخذ كله بخمسة عشر ديناراً وان شاء ترك لان ساعات المجلس لها حكم ساعة العقد وان علم بعد التفرق بطل البيع في ثلث المصوغ لانعدام التقابض فيه وله الخيار في الباقي ان شاء رضى به عشرة دنانير وان شاء رد الكل واسترد الدنانير لان الشركة في الاعيان عيب وان وجد وزنه خمسين وعلم ذلك قبل التفرق أو بعده فله الخيار ان شاء رده وان شاء رضى به واسترد من الثمن خمسة دنانير وكذلك لو باع مصوغاً من ذهب بدرهم فهو على هذا التفصيل ولو باع مصوغاً من الفضة بخمسة دنانير أو باع مصوغاً من الذهب بخمسة مثله وزنه على ان وزنه مائة بمائة ثم وجده أزيد بما سمي فان علم بالزيادة قبل التفرق فله الخيار ان شاء زاد في الثمن قدر وزن الزيادة وأخذ الكل وان شاء ترك لان المجلس له حكم حالة العقد وان علم بها بعد التفرق بطل البيع في الزيادة لان التقابض شرط بقاء الصرف على الصحة ولم يوجد في قدر الزيادة وان وجد أقل مما سمي فله الخيار ان شاء رضى بحصته من الثمن واسترد فضل الثمن وان شاء رد الكل واسترد جميع الثمن سواء سمي الجملة أو سمي لكل وزن درهم درهما لان عند اتحاد الوزن والجنس لا يجوز البيع الا سواء بسواء فصار كأنه سمي ذلك وان لم يسم حقيقة الا الجملة (وأما) العدديات المتفاوتة كالنعم والعبد ونحوها بان قال بعت منك هذا القطيع من النعم على انها مائة شاة بكذا فان وجده على ماسمى فالبائع جائز وان وجده أزيد فالبائع فاسد في الكل سواء ذكر لكل ثمن واحد أو بان قال بعت منك هذا القطيع على انها مائة شاة ألف درهم أو ذكر لكل شاة فيها ثمناً على حدة بأن قال كل شاة بعشرة دراهم لان كل شاة أصل في كونها معقوداً عليها والزيادة لم تدخل تحت العقد لانه لا يقابلها ثمن فلم تكن مبيعة وهي مجهولة فكان الباقي مجهولاً ضرورة جهالة الزيادة فيصير بائعاً مائة شاة من مائة شاة واحدة فكان المبيع مجهولاً وجهالة المبيع تمنع صحة البيع سمي له ثمناً أو لم يسم وان وجده أقل مما سمي فان كان لم يسم لكل واحدة منها ثماً فالبائع فاسد لان الثمن مجهول لانه يحتاج الى طرح ثمن شاة واحدة من جملة الثمن المسمى وهو مجهول التفاوت فاحش بين شاة وشاة فصارت ثمن الباقي مجهولاً ضرورة جهالة حصة الشاة الناقصة وان سمي لكل واحدة منها ثماً على حدة فالبائع جائز بحصة الباقي منها لان حصته الزائدة معلومة وحصة الباقي معلوم فالفساد من أين من أصحابنا من قال هذا مذهبهما فاما عند أبي حنيفة عليه الرحمة فالبائع فاسد في الكل بناء على أن المذهب عنده ان الصفقة اذا أضيفت الى ما يحتمل العقد والى ما لا يحتمله فالفساد يشيع في الكل وأكثر أصحابنا على ان هذا بلا خلاف وهكذا ذكر في الاصل ولم يذكر الخلاف وهو الصحيح لان العقد المضاف الى موجود يجوز أن يفسد معنى بوجوب الفساد ثم يعتدى الفساد الى غيره وأما المعدوم فلا يحتمل العقد أصلاً لانه ليس بشئ فلا يوصف العقد المضاف اليه بالفساد ليتعدى الى غيره بل لم تصبح الاضافة اليه فيبقى مضاعفاً الى الموجود فيصح لكن للمشترى الخيار ان شاء أخذ الباقي بما سمي من الثمن وان شاء ترك لتفرق الصفقة عليه وعلى هذا جميع العدديات المتفاوتة ولو قال بعت منك هذا القطيع من النعم على انها مائة كل شاتين منها بعشرين درهما فالبائع فاسد وان وجده على ماسمى لان ثمن كل واحدة من الشاتين مجهول لانه لا يعرف حصة كل شاة منها من الثمن الا بعد ضم شاة أخرى اليها ولا يعلم اية شاة يضم اليها ليعلم حصتها لانه ان ضم اليها ردأ منها كانت حصتها أكثر وان ضم اليها أجود منها كانت حصتها أقل لذلك فسد البيع والله سبحانه وتعالى أعلم وعلى هذا يخرج قول أبي حنيفة رحمه الله فيمن باع عشرة أذرع من مائة ذراع من هذه الدار أو من هذا الحمام أو من هذه الارض ان البيع فاسد وقال أبو يوسف ومحمد جائز ولو باع عشرة أسهم من مائة سهم جاز بالاجماع والكلام فيه يرجع الى معرفة معنى الذراع فقلاً لانه اسم في العرف للسهم الشائع ولو باع عشرة أسهم من مائة سهم من هذه الاشياء جاز فكذا هذا وأبو حنيفة رحمه الله يقول الذراع في الحقيقة اسم لما يذرع به وانما سمي المذرع ذراعاً مجازاً اطلاقاً لاسم الفعل على المفعول فكان

بيع عشرة أذرع من دار معناه بيع قدر عشرة أذرع مما يحمله الذراع الحقيقي لأنه لا يحل إلا محله معينا فكان المبيع قدر عشرة أذرع معين من الدار وهو الذي يحمله الذراع الحقيقي وذلك مجهول في نفسه قبل الحلول فكان المبيع مجهولا جهالة مفضية الى المنازعة فيوجب فساد البيع بخلاف السهم لأنه اسم للشائع وهو جزء معلوم من الثلث والرابع والعشر ونحو ذلك فيبيع عشرة أسهم من مائة سهم من الدار هو بيع عشرة أجزاء من مائة جزء منها وهو عشرها فقد باع جزءا معلوما منها فيجوز بخلاف الذراع فإن قدر عشرة أذرع لا يصير معلوماً إلا بالحلول على ما مر فقبله يكون مجهولا فكان المبيع مجهولا فلم يصح فوضح الفرق بينهما لا بي حنيقة وعلى هذا يخرج ضربة الغائص وهو أن يقول الغائص للتاجر اغوص لك غوصة فأخرجته فهو لك بكذا وهو فاسد لأن المبيع مجهول وروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن ضربة الغائص وعلى هذا يخرج أجناس هذه المسائل وبيع رقبة الطريق وهبته منفردا جائز وبيع مسيل الماء وهبته منفردا فاسد (ووجه) الفرق أن الطريق معلوم الطول والعرض فكان المبيع معلوماً بخلاف المسيل فإنه مجهول القدر لأن القدر الذي يشغل الماء من النهر غير معلوم فكان المبيع مجهولا فلم يجز (وأما) العلم باوصاف المبيع والتمن فهل هو شرط لصحة البيع بعد العلم بالذات والجهل بها هل هو مانع من الصحة قال أصحابنا ليس بشرط الصحة والجهل بها ليس بمانع من الصحة لكنه شرط للزوم فيصبح بيع ما لم يره المشتري لكنه لا يلزم وعند الشافعي رحمه الله كون المبيع معلوم الذات والصفة من شرائط الصحة حتى لا يجوز بيع ما لم يره المشتري عنده (وجه) قوله أن جهالة الذات انما تمت بحصة العقد لا فضائها الى المنازعة لأن الاعيان تختلف رغبات الناس فيها لا اختلاف ما ليتها فالبايع اذا سلم عيناً فن الجائز أن يطلب المشتري عيناً أخرى أجد منها باسم الاولى فيتنازعان وجهالة الوصف مفضية الى المنازعة أيضاً لأن الغائب عن المجلس اذا حضره البائع فن الجائز أن يقول المشتري هذا ليس عين المبيع بل مثله من جنسه فيقعان في المنازعة بسبب عدم الرؤية ولأن عدم الرؤية بوجوب تمكن الفر في البيع ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع فيه غرر وبيان تمكن الفر أن الفر رهو الخطر وفي هذا البيع خطر من وجوه أحدها في أصل العقود عليه والثاني في وصفه لأن دليل الوجود اذا كان غائباً رهو الخطر وخبر الواحد يحتمل الصدق والكذب فيتردد العقود عليه بأصله ووصفه بين الوجود والعدم والثالث في وجود التسليم وقت وجوبه لأن وقت الوجوب وقت قد التمن وقد يتفق النقد وقد لا يتفق والفر من وجه واحد يكفي لفساد العقد فكيف من وجوه ثلاثة وروى عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال لا تبع ما ليس عندك وعند كلمة حضرة والغيبة تنافيها والخلاف في البيع والشراء خلاف واحد (ولنا) عمومات البيع من غير فصل ونص خاص وهو ما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال من اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار اذا رآه ولا خيار شرعاً الا في بيع مشروع ولا نركن البيع صدر من أهله مضاً الى محل هو خالص ملكه فيصبح كشرائه المرنى وهذا لأن وجود التصرف حقيقة بوجود ركنه ووجوده شرعاً لصدوره من أهله وحلوله في محله وقوله جهالة الوصف تنفي الى المنازعة ممنوعاً لأنه صدقه في خبره حيث اشتراه فالظاهر أنه لا يكذبه ودعوى الفر ممنوعة فإن الفر رهو الخطر الذي استوى فيه طرف الوجود والعدم بمنزلة الشك وهناترجح جانب الوجود على جانب العدم بالخبر ارجح صدقه على كذبه فلم يكن فيه غرر على اننا سلمنا أن الفر راسم لطلق الخطر لكن لم قلّم ان كل غرر يفسد العقد وأما الحديث فيحتمل أن يكون الفر رهو الخطر ويحتمل أن يكون من الفر ور فلا يكون حجة مع الاحتمال أو نحمله على الفر في صلب العقد بالتعليق بشرط أو بالاضافة الى وقت عملاً بالدلائل كلها وأما الحديث الثاني فيحتمل أن يكون المراد منه بيع ما ليس بمملوك له عن نفسه لا بطريق النيابة عن مالكه أو بيع شيء مباح على أن يستولى عليه فيملكه فيسلمه وهذا ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال يبيع السمك في الماء غرر وعلى هذا الخلاف اذا باع شيئاً لم يره البائع انه يجوز عندنا وعند لا يجوز واذا جاز عندنا فهل يثبت الخيار للبائع فعن أبي حنيفة وإيمان ذلك في موضعه ان شاء الله

تعالى وعلى هذا الخلاف شراء الامعى وبيعه جائز عندنا وقال الشافعى اذا ولد اعمى لا يجوز بيعه وشراؤه وان كان بصيراً أفرأى الشئ ثم عى فاشترى اجماعاً وما قاله مخالف الحديث والاجماع (اما) الاول فانه روى عن سيدنا عمر رضى الله عنه ان النبي عليه الصلاة والسلام حين قال لحبان بن منقدا اذا بيعت قفل لا خلافة ولى الخيار ثلاثة ايام وكان حبان ضريراً (واما) الاجماع فان العميان فى كل زمان من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يمنعوهم من بيعاتهم واشريتهم بل بايعوا فى سائر الاعصار من غير انكار واذا جاز شراؤه وبيعه فله الخيار فيما اشترى ولا خيار له فيما باع فى أصبح الروايتين كالبصير ثم بماذا يسقط خياره نذكره فى موضعه وعلى هذا الخلاف اذا اشترى شيئاً مغيباً فى الارض كالحجر والبصل والفجل ونحوها انه يجوز عندنا وعنده لا يجوز ويثبت له الخيار اذا قلعه وعنده لا يجوز أصلاً (واما) بيان ما يحصل به العلم بالمبيع والتمن فنقول العلم بالمبيع لا يحصل الا بالاشارة اليه لان التعيين لا يحصل الا به الا اذا كان ديناً كالسلم فيه فيحصل العلم به بالتسمية والعلم بالتمن لا يحصل الا بالتسمية والاشارة اليه عندنا مجاز عن تسمية جنس المشار اليه ونوعه وصفته وقدره على ما يعرف فى موضعه ان شاء الله تعالى غير ان المبيع ان كان أصلاً لا بد من الاشارة اليه بطريق الاصله ليصير معلوماً وان كان تبعاً يصير معلوماً بالاشارة الى الاصل لان البيع كمالا يفرد بعله على حدة لا يفرد بشرط على حدة اذ لو افر دلاً قلب أصلاً وهذا قلب الحقيقة وبيان ذلك فى مسائل اذا باع جارية حاملًا من غير مولاه أو بهيمة حاملًا دخل الحمل فى البيع تبعاً للام كسائر اطرافها وان لم يسمه ولا اشار اليه ولو باع عقاراً دخل ما فيها من البناى والشجر بنفس البيع ولا يدخل الزرع والنثر الا بقرينة وجملة الكلام فى بيع العقار ان المبيع لا يخلو من أن يكون أرضاً أو كرمًا أو داراً أو منزلاً أو بيتاً وكل ذلك لا يخلو اما ان لم يذكر فى بيعه الحقوق ولا المرافق ولا ذكر كل قليل وكثير منها واما ان ذكر شيئاً من ذلك فان كان المبيع أرضاً ولم يذكر شيئاً من القرائن دخل ما فيها من الابنية والاشجار ولم يدخل الزرع والنثر عند عامة العلماء وقال مالك رحمه الله ثم سائر الاشجار كذلك وكذلك ثمر النخل اذا أبرقما اذا لم يؤبر يدخل واحتج بما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال من باع نخلاً قد أبرت فثمرتها للبائع الا أن يشترطها المبتاع قيد عليه الصلاة والسلام ملك البائع فى الثمرة بوصف التأبير ولو لم يكن يختلف الحكم لم يكن للتقيد فائدة (ولنا) ما روى عن محمد رحمه الله فى كتاب الشفعة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال من اشترى أرضاً فيها نخل فالثمره للبائع الا أن يشترطها المبتاع جعل عليه الصلاة والسلام الثمرة للبائع مطلقاً عن وصف وشرط فدل ان الحكم لا يختلف بالتأبير وعدمه ولان النخل اسم لذات الشجرة فلا يدخل ماعداه الا بقرينة زائدة ولهذا لم يدخل ثمار سائر الاشجار ولا حجة له فيها روى لان تقيد الحكم بوصف لا يدل على أن الحكم فى غير الموصوف بخلافه بل يكون الحكم فيه مسكوتاً موقوفاً على قيام الدليل وقد قام وهو مار وبنوا ولا يحمل المطلق على التقيد عندنا لما فيه من ضرب النصوص بعضها فى بعض وهذا لا يجوز لما عرف فى أصول الفقه وكذلك ان كان كرمًا يدخل فى بيعه ما فيه من الزراعة والعرايش والحوائط من غير ذكر قرينة ولا تدخل القواكه والبقول والاصل ان كل ما ركب فى الارض يدخل وما لم يركب فيها أو ركب للبقاء بل لوقت معلوم لا يدخل وكذا يدخل الطريق الى الطريق الاعظم والطريق الى سكة غير نافذة من غير ذكر قرينة وان ذكر شيئاً من القرائن فان ذكر الحقوق أو المرافق دخل فيها الشرب ومسيل الماء والطريق الخاص الذى يكون فى ملك انسان وهو حق المرور فى ملكه ولا يدخل الزرع والنثر لانها اعيان قائمة بنفسها فلا يتناولها اسم الحقوق والمرافق بخلاف الشرب والمسيل والتطرق فانها عبارة عن حق الشرب والسقي والتسيل والمرور فيتناولها الاسم وان ذكر القليل والكثير بان قال بعت منك بكل قليل وكثير هو فيها ومنها فهل يدخل الزرع والنثر ينظر ان قال فى آخره من حقوقها فلا يدخل لان قوله من حقوقها خرج تفسيراً لاول الكلام فكانه نص على البيع بحقوقها وان لم يقل فى آخره من حقوقها دخل فيه الزرع والنثر وكل ما كان متصلاً به لان اسم القليل والكثير فيه ومنه يتناول ذلك وأما المنفصل عنها كالثمار المجذوة والزرع المحصود والحطب

واللبن والقصب الموضوع فلا يدخل في البيع إلا بالتسمية فرق بين البيع والاجارة ان الشرب والمسيل والطريق
الخاص في ملك انسان يدخل في الاجارة من غير ذكر الحقوق والمرافق وفي البيع لا يدخل بدونه والقياس ان
لا يدخل في الباين جميعا إلا بالتسمية إلا أنهم استحسنوا في الاجارة لأنها تعقد للاقتناع بالمستأجر ولا يمكن الاقتناع
به بدون الحقوق فصارت الحقوق مذكورة بهذا كالمستأجر دلالة بخلاف البيع فإنه يعقد للملك والاقتناع ليس من
ضرورات الملك فإنه يثبت الملك فيما لا ينتفع به وكذا فرق بين البيع والرهن فإن من رهن عند رجل أرضا فيها زرع
وأشجار عليها ثمار وسلمها إليه أنه يدخل في الرهن كل ما كان متصلا بهما من غير تسمية الحقوق والقياس والكثير
(ووجهه) الفرق ان تمييز الرهن من غيره شرط صحة الرهن على ما نذكر في كتابه فتى أقدم على عقد الرهن فقد قصدا
صحته ولا صحة له إلا بدخول ما كان متصلا بالرهن فدخل فيه تصحيحا للتصرف إذا صح له بدونه بخلاف البيع
فان تمييز المبيع من غيره ليس بشرط لصحة البيع فلا ضرورة في الدخول بغير التسمية فلا يدخل بدونها إذا كان
المبيع أرضا أو كرمًا فان كان دارا يدخل في بيعها جميع ما كان منها من بيت ومنزل وعلو وسفل وجميع ما مجموعه الحدود
الاربعة من غير ذكر قرينة وتدخل أغاليق الدار ومفاتيح أغاليقها أما الأغاليق فلا تترك للبقاء لا وقت معلوم
فتدخل كالميزاب وأما المفاتيح فلا تفتح العلق من العلق ألا ترى أنه لو اشترى العلق دخل المفتاح فسيه من غير
تسمية فيدخل في البيع بدخول العلق ويدخل طريقها إلى طريق العامة وطريقها إلى سكة غير نافذة كما يدخل في
الأرض والكرم ويدخل الكنيف والشارع والجناح كل ذلك يدخل من غير قرينة وهل تدخل الظلة ينظر ان لم
يكن مفتوحها إلى الدار لا تدخل بالاتفاق وان كان مفتوحها إلى الدار لا تدخل أيضا عند أبي حنيفة رحمه الله وعند أبي
يوسف ومحمد رحمه الله تدخل (وجهه) قوله ما أن الظلة إذا كانت مفتوحها إلى الدار كانت من أجزاء الدار فتدخل
بيع الدار كالجناح والكنيف ولا في حنيفة أن ظلة الدار خارجة عن حدودها فانها اسم لما يظل عند باب الدار
خارجا منها فلا تدخل تحت بيع الدار كالطريق الخارج و بهذا الوحلف لا يدخل هذه الدار فدخل ظلتها لا يحنث
وأما ما كان لها من بستان فينظر ان كان داخل حد الدار يدخل وان كان يلي الدار لا يدخل من غير تسمية وقال
بعضهم ان كانت الدار صغيرة يدخل وان كانت كبيرة لا يدخل لأنها إذا كانت صغيرة يمكن أن يجعل تبعًا للدار وإذا
كانت كبيرة لا يمكن وقال بعضهم يحكم الثمن فان صلح لهما يدخل والا فلا يدخل وأما مسيل الماء والطريق الخاص في
ملك انسان وحق القاء الثلج فان ذكر الحقوق والمرافق يدخل وكذا ان ذكر كل قليل وكثير هو فيها ومنها سواء ذكر في
آخره من حقوقها أو لم يذكر وتدخل الظلة أيضا بخلاف إذا كان مفتوحها إلى الدار وإذا كان المبيع يتنازل في
بيعه حوائطه وسقفه وبابه والطريق إلى الطريق العامة والطريق إلى سكة غير نافذة من غير ذكر قرينة وأما الطريق
الخاص في ملك انسان فلا يدخل إلا بذكر أحد القرائن الثلاث ولا يدخل بيت العلوان كان على علوه بيت وان ذكر
القرائن لان العلو بيت مثله فكان أصلا بنفسه فلا يكون تبعًا له وان لم يكن على علوه بيت كان له أن يبنى على علوه
وان كان البيت في داره فباعه من رجل لا يدخل في البيع طريقه في الدار إلا بذكر الحقوق ثم ان كان البيت على
الطريق الا عظم يفتح له بابا إليه وان كان لا يلي الطريق الا عظم لا يبطل البيع وله أن يستأجر الطريق إليه أو يستعير
من صاحب الدار فرق بين هذا وبين القسمة إذا أصاب أحد الشريكين في الدار بيت أو منزل أو ناحية منها بغير
طريق أنه ينظر ان أمكنه فتح الباب إلى الطريق ليس له أن يتطرق في نصيب شريكه سواء ذكر وفي القسمة
الحقوق والمرافق أولا وكذا إذا كان مسيل مائه في نصيب شريكه قبل القسمة تقطع ذلك الحق ان أمكنه تسيل
في نصيب نفسه ليس له أن يسيل في نصيب شريكه وان لم يمكنه تسيل الماء ولا فتح الباب في نصيب نفسه ويمكنه
ذلك في نصيب شريكه فإنه ينظر ان ذكر وفي القسمة الحقوق والمرافق والمسيل يدخلان في القسمة ولا
تبطل القسمة وان لم يذكر ذلك فلا يدخلان وتبطل القسمة (ووجهه) الفرق أن القسمة لتتيم المنفعة وتكملها

فاذا أدت الى تهيئتها بطلت والبيع للملك لا للانتفاع بالمملوك على ما ذكرنا ويجوز بيع بيت العلو دون السفلى
اذا كان على العلو بناء وان لم يكن عليه بناء لا يجوز لانه يبيع الهواء على الاقراء وانه لا يجوز ثم اذا باع العلو وعليه بناء
حتى جاز البيع فطريقه في الدار لا يدخل الطريق الا بذكر الحقوق ويجوز بيع السفلى سواء كان مبنياً أو غير مبنى
لانه يبيع الساحة وذلك جائز وان لم يكن عليه بناء وان كان المبيع منزلاً يدخل في بيعه بيت السفلى ولا يدخل بيت العلو
ولا الطريق الخاص الا بذكر الحقوق أو المرافق أو بذكر القليل والكثير لان المنزل أعم من البيت وأخص من الدار
فكان بين الدار والبيت فيعطى له حكم بين حكمين فلم يدخل العلو في بيع المنزل من غير قرينة اعتباراً للخصوص
ويدخل فيه بقويته اعتباراً للعموم عملاً بالجهتين بقدر الامكان والله سبحانه وتعالى أعلم ثم اذا لم تدخل الثمرة بنفس
البيع يحبر البائع على قطعها من الشجرة وليس له أن يتركها على الشجرة الى وقت الادراك وكذا الزرع عندنا وعند
الشافعي لا يحبروله أن يترك الثمرة على الشجرة الى وقت الادراك ويترك الزرع الى أن يستحصد (وجه) قوله ان الحبر
على القطع والقلع لوجوب التسليم وقت وجوب التسليم هو وقت الادراك لانه لا يقطع ولا يقلع الا بعد الادراك
عادة فلا يجب عليه التسليم قبله كما اذا انقضت مدة الاجارة والزرع لم يستحصد أنه لا يحبر على القلع بل يترك الى أن
يستحصد (ولنا) ان البيع يوجب تسليم المبيع عقبيه بلا فصل لانه عقد معاوضة تمليك بتمليك وتسليم تسليم
فالقول بتأخير التسليم غير مقتضى العقد وقوله العادة ان الثمرة تترك على الشجرة الى وقت الادراك قلنا العادة هذا
قبل البيع أما بعده فممنوع بل تقطع بعده ولا تترك لان ملك المشتري مشغول بملك البائع فلا بد من ازالة الشغل
وذلك بقطع الثمرة هكذا تقول في مسألة الاجارة انه يجب تسليم الارض عند انتهاء المدة وانما تترك باجارة جديدة
بأجرة أخرى وهذا حجة عليه لانه لو ترك بالعقد الاول لما وجبت أجره أخرى وسواء أبرأ ولم يؤبرأ بان كان المبيع
نخلًا بعد ان ظهرت الثمرة من الشجرة وبانت منها ليس له أن يتركها على شجرة المشتري الا برضاهما قلنا ولو تركها على
الشجرة الى أن أدركت فان كان الترك باذن المشتري طاب له الفضل وان كان بغير اذن المشتري ينظر ان كان قد
تناهى عظمها يطيب له الفضل أيضاً لانها لا تزداد بعد ذلك بل تنقص وان كان صغاراً لم يتناه عظمها لا يطيب له الفضل
لانه تولد من أصل مملوك لغيره ولو استأجر البائع الشجرة ليرك الثمر عليها الى وقت الجذاذ لم تجز هذه الاجارة لان جواز
الاجارة مع ان القياس بأبها لكونها بيع المدوم لتعامل الناس والناس ما تعاملوا هذا النوع من الاجارة كما لم يتعاملوا
استئجار الاشجار لتجفيف الثياب وتجفيف اللحم لكن لو فعل يطيب له الفضل لانه ترك باذن المشتري وهذا بخلاف
الاجارة اذا انقضت مدتها والزرع قبل لم يستحصد بعد ان يترك فيه الى وقت الحصاد بالاجرة لان الترك بالاجرة
هناك مما جرى به التعامل فكان جائز اذ الميسم الثمرة في بيع الشجر فأما اذا سمي دخول الثمر مع الشجر في البيع
وصار للثمرة حصصة من الثمن وينقسم الثمن عليها يوم العقد لانه لما ساهما فقد صارت مبيعاً مقصوداً للورود فعل البيع عليه
حتى لو هلك الثمن قبل القبض بأفة سماوية أو بفعل البائع تسقط حصته من الثمن عن المشتري كما لو هلك الشجر قبل
القبض والمشتري بالخيار ان شاء أخذ الشجر بحصته من الثمن وان شاء ترك لان الصفقة تفرقت عليه ولو جذه البائع
والجذوذ قائم بعينه ينظر ان جذه في حينه ولم ينقصه الجذاذ فلا خيار للمشتري ويقبضهما بجميع الثمن ولو قبضهما بعد
جذاذ البائع ثم وجد بأحد هما عيباً له ان رد المبيع خاصة لانه قبضهما وهما متفرقان وقت القبض فصارا كأنهما
كأن متفرقين وقت العقد بخلاف ما اذا جذه المشتري بعد القبض ثم وجد بأحد هما عيباً أنه ليس له أن يرد المبيع خاصة
بل يردهما جميعاً أو يسكنهما لانهما كانا مجتمعين عند البيع وعند القبض جميعاً فإفراد أحدهما بالرد يكون تفرق
الصفقة بعد وقوعها مجتمعاً وهذا لا يجوز هذا اذ لم ينقصه الجذاذ بأن جذه البائع في حينه وأوانه فأما اذا قصه بأن
جذه في غير حينه تسقط عن المشتري حصصة النقصان لانه لما قصه الجذاذ فقد أتلف بعض المبيع قبل القبض
فتسقط عن المشتري حصته من الثمن وله الخيار في الباقي لتفرق الصفقة عليه واذا قبضهما المشتري بعد جذاذ البائع ثم

وجد باحدهما عيباً له أن يرد المبيع خاصة لأنه قبضهما وهما متفرقان فصارا كأنهما كانا متفرقين عند العقد وعلى هذا يخرج ما إذا اشترى شجرة أنه هل يدخل في شرائها أصلها وعرقها وأرضها فجملة الكلام فيه أن هذا لا يخلو من ثلاثة أوجه (أما) أن اشتراها بغير أرضها للقلع (وأما) أن اشتراها بقرارها من الأرض للترك للقلع (وأما) أن اشتراها ولم يذ كر شيئاً فإن اشتراها بغير أرضها للقلع دخل فيها أصلها وبغير المشتري على القلع وله أن يقطعها بأصلها لكن قلعا معتاداً متعارفاً وليس له أن يحفر الأرض إلى ما يتناهى إليه العروق لأن المعروف بالعرف كالمشروط بالشرط إلا إذا شرط البائع القطع على وجه الأرض فلا يدخل فيه أصلها ولم يشترط لكن في القطع من أصلها ضرر بالبائع بأن كان يقرب حائطه أو على حافة تمهره فيخاف الخلل على الحائط أو الشق في النهر فقطعها على وجه الأرض دون أصلها لأن الضرر لا يستحق بالعقد فإن قلع أو قطع ثم نبت من أصلها أو عرقها شجرة أخرى فهي للبائع لا للمشتري لأنه رضى أن يكون المبيع القدر المقطوع فيكون الباقي للبائع إلا إذا قطع من أعلى الشجرة فالنابت يكون للمشتري لأنه نماء ملكه وإن اشتراها بقرارها من الأرض للترك للقلع فيدخل فيها أرضها ولا يجبر على القلع لأنه ملك الشجرة مع موضعها فلم يكن ملك البائع مشغولاً به فلا يملك إجباره على القلع وله أن يفرس مكانها أخرى لأنه يفرس في ملك نفسه (وأما) إذا اشتراها من غير شرط القلع ولا الترك لم يذ كر هذا في ظاهر الرواية وذكر في غير رواية الأصول اختلافاً بين أبي يوسف ومحمد رحمهما الله فقال على قول أبي يوسف لا تدخل الأرض في البيع وعلى قول محمد تدخل (وجه) قول محمد أن المسمى في البيع هو الشجرة وهي اسم للقاء على أرضها بعرقها فاما بعد القلع فهي خشب لا شجرة فلا بد وأن تدخل الأرض فيه ولهذا دخلت في الإقرار بالاجماع بأن أقر رجل بشجرة في أرضه حتى كانت الشجرة مع أرضها للمقر له كذا هذا ولا يبي يوسف أن الأرض أصل الشجرة تابعة لها ألا ترى أنها تدخل في بيع الأرض من غير شرط تبعاً للأرض فلو دخلت في بيع الشجرة لاستتبع التبع الأصل وهذا قلب الحقيقة وإنما دخلت في الإقرار بالشجرة لأن الإقرار أخبار عن كائن فلا بد من كون سابق على الإقرار وهو قيامها في الأرض التي هي قرارها وذلك دليل كون الأرض للمقر له بسبب سابق فكان الإقرار بكون الشجرة له إقراراً بكون الأرض له أيضاً ومثل هذه الدلالة لم توجد في البيع فلا يدخل والله سبحانه وتعالى أعلم ولو اشترى صدفة فوجد فيها لؤلؤة فهي للمشتري لأنها تتولد من الصدفة بمنزلة البيضة تتولد من الدجاجة فكانت بمنزلة أجزائها فتدخل في بيعها كما تدخل البيضة في بيع الدجاجة وكذلك إذا اشترى سمكة فوجد فيها لؤلؤة لأن السمكة يأكل الصدفة فصارت كاللؤلؤة فوجد فيها سمكة أخرى إن الثانية تكون له ولو اشترى دجاجة فوجد فيها لؤلؤة فهي للبائع لأن اللؤلؤ لا يتولد من الدجاجة ولا هو من علقها فلا يدخل في بيعها وروى عن أبي يوسف رحمه الله أن كل شيء يوجد في حوصلة الطير إن كان مما يأكله الطير فهو للمشتري لأنه يكون بمنزلة العلف له وإن كان مما لا يأكله الطير فهو للبائع وعلى هذا يخرج ما إذا باع رقيقاً وله مال إن ماله لا يدخل في البيع ويكون للبائع إلا أن يشترطه المبتاع لما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال من باع عبداً وله مال فإله للبائع إلا أن يشترطه المبتاع وهذا نص في الباب ولأن العبد وما في يده لمولاه لأنه مملوك لا يقدر على شيء والمولى ما باع ما في يد العبد لأن الداخل تحت البيع هو العبد فلا يدخل في بيعه ما ليس منه والقياس أن لا تدخل ثياب بدنه كما لا يدخل اللجام والسرور والعدا في بيع الدابة لما قلنا لكنهم استحسنوا في ثياب البدلة والمنه وهي التي يلبسها في اليوم والليلة لتعامل الناس وتعارفهم وأما الثياب النفيسة التي لا يلبسها إلا وقت العرض للبيع فلا تدخل في البيع لأن عدم التعارف في ذلك فبقى على أصل القياس وهذا مما يختلف باختلاف عرف الناس وعاداتهم في كل بلد فبني الأمر فيه على ذلك وكذا لو أعتق عبده على مال فإله لمولاه لما قلنا وكذا لو أعتق مدبره أو أم ولد له لأنه مرقوق فلا يكون له مال ولو كاتب عبده فما كان له من المال وقت الكتابة يكون لمولاه لأنه كسب التمن وما اكتسب بعد الكتابة يكون له لأنه كسب المكاتب ولا نه حر يد أفكان كسبه له والله سبحانه وتعالى أعلم

جارية فوجدها حاملا له أن يردّها فكان ذكر الحبل في الجوارى إبراء عن هذا العيب بخلاف البهائم لأن الحبل فيها زيادة لا ترى أنه لو اشترى بهيمة فوجدها حاملا ليس له حق الرد فكان ذكر الحبل فيها شرطا في وجوده غرر فيفسد البيع و بعضهم فصل فيه تفصيلا فقال ان اشتراها ليتخذها ظمرا فالبيع فاسد لأنه شرط زيادة في وجودها خطر وهي مجهولة أيضا فاشبه اشتراط الحبل في بيع الناقة وان لم يرد بالشراء ذلك جاز البيع لأن ذكره يكون إبراء عن هذا العيب على ما بينا ولو اشترى ناقة وهي حامل على أنها تضع حملها إلى شهر أو شهرين فالبيع فاسد لأن في وجود هذا الشرط غررا وكذا لو اشترى بقرة على أنها تحلب كذا كذا رطلا لما قلنا ولو اشترى بقرة على أنها حلوب لم يذكر هذا في ظاهر الرواية وروى الحسن في المهر عن أبي حنيفة رحمه الله أنه يجوز وهو قياس روايته في شرط الحبل (ووجهه) أن شرط كونها حلوبا شرط زيادة صفة فاشبهه شرط الطبخ والخبز في الجوارى وروى ابن سباعة في نوادره عن محمد بن محمد رحمه الله أنه لا يجوز وهو اختيار الكرخي رحمه الله (ووجهه) أن هذا شرط زيادة فيجوز في وجودها غرر وهو مجهول وهو اللب فلا يصلح شرطا في البيع وكونها حلوبا أن كان صفة لها لكنها لا توصف به إلا بوجود اللب وفي وجوده غرر وجهالة على ما ذكرنا في وجوب فساد البيع ولو اشترى بقرة على أنها لبون ذكر الطحاوي أن هذا الشرط لا يفسد البيع والجواب فيه كالجواب في الحلوب والله سبحانه وتعالى أعلم ولو اشترى قمرية على أنها تصوت أو طير على أنه يجيئ من مكان بعيد أو كبشا على أنه نطاح أو ديك على أنه مقاتل فالبيع فاسد عند أبي حنيفة رحمه الله وهو أحدى الروايتين عن محمد رحمه الله لأنه شرط فيه غرر والوقوف عليه غير ممكن لأنه لا يحتمل الجبر عليه فصار كشرط الحبل ولأن هذه صفات يتلهم بها عادة والتلهم محذور فكان هذا شرط محظورا فيوجب فساد البيع وروى عن محمد رحمه الله أنه إذا باع قمرية على أنها تصوت فإذ تصوت جاز البيع لأنها لما تصوت علم أنها مصوتة فلم يتحقق غرر العدم وعلى هذه الرواية قالوا في المحرم إذا قتل قمرية مصوتة أنه يضمن قيمتها مصوتة ولو اشترى جارية على أنها مغنية على سبيل الرغبة فيها فالبيع فاسد لأن التغطية صفة محظورة لكونها هو أفسر شرطها في البيع بوجوب فسادها ولو اشترى جارية على أنها مغنية على وجه اظهار العيب جاز البيع لأن هذا بيع بشرط البراءة عن هذا العيب فصار كما لو باعها بشرط البراءة عن عيب آخر فان وجدها لا تنفي لا خيار له لأن الغناء في الجوارى عيب فصار كما لو اشترى على أنه معيب فوجدته سميما ولو اشترى كلبا أو فهدا على أنه معلم قال أبو يوسف يجوز البيع وهو أحدى الروايتين عن محمد لأن هذا شرط يمكن الوقوف عليه بأن يأخذ المصيد فيمسكه على صاحبه وهذا ليس بشرط محظور لأن تعليم الكلب والاصطياد به مباح فاشبهه شرط الكتابة في العبد والطبخ في الجارية وروى عن محمد أن البيع فاسد لأنه شرط فيه غرر إذ لا يمكن الوقوف عليه إلا بالاصطياد والجبر عليه غير ممكن ولو اشترى برذونا على أنه هلالج فالبيع جاز لأنه شرط يمكن الوقوف عليه بالتفسير فلم يكن في وجوده غرر ولا خطر أيضا وإن شئت أفردت الجنس هذا المسائل شرطا على حدة وخرجتها إليه فقلت ومنها أن لا يكون المشرط محظورا فافهم (ومنها) شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة للبائع أو للمشتري أو للمبيع ان كان من بنى آدم كالرقيق وليس بعلام للعقد ولا مما جرى به التعامل بين الناس نحو ما إذا باع دارا على أن يسكنها البائع شهر ثم يسلمها إليه أو أرضا على أن يزرعها سنة أو دابة على أن يركبها شهرا أو ثوبا على أن يلبسه أسبوعا أو على أن يقرضه المشتري قرضا أو على أن يهب له هبة أو يزوج ابنته منه أو يبيع منه كذا ونحو ذلك أو اشترى ثوبا على أن يخطه البائع قيصا أو حنطة على أن يطحنها أو ثمرة على أن يجذها أو ربة قائمة على الأرض على أن يجذها أو شيئا له حمل ومؤنة على أن يحمله البائع إلى منزله ونحو ذلك فالبيع في هذا كله فاسد لأن زيادة منفعة مشروطة في البيع تكون بالانهاز زيادة لا يقابلها عوض في عقد البيع وهو تفسير الرابا بالبيع الذي فيه الرابا فاسد أو فيه شبهة الرابا وانما مفسدة البيع كحقيقة الرابا على ما قرره ان شاء الله تعالى وكذا لو باع جارية على أن يديرها المشتري أو على أن يستولدها فالبيع فاسد لأنه شرط فيه منفعة للمبيع وأنه مفسد وكذا لو باعها بشرط أن يتقها

المشتري فالبيع فاسد في ظاهر الرواية عن أصحابنا وروى الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنهما أنه جائز وبه أخذ الشافعي رحمه الله (ووجهه) هذه الرواية أن شرط الاعتقاد مما يلائم العقد لان الاعتاق إنهاء الملك وانهاء الملك تقر به فكان ملائماً والدليل على أن الاعتاق إنهاء للملك أن البيع ثبت مقتضى الامر بالا اعتاق في قول الرجل أعتق عبدك عني على ألف درهم فاعتق حتى يقع العتق عن الأمر ولا عتق إلا بالملك ولا ملك إلا بالتليك فلو كان الاعتاق إزالة للملك لما تصور وجود الاعتاق مقتضاه لانه ضده والشئ لا يقتضى ضده وإذا كان إنهاء للملك كان تقر به فانه فكان ملائماً للعقد فلا يوجب فساداً وظاهر الرواية وجهان أحدهما بعم الكل والثاني يخص بأحنيقة عليه الرحمة أما الأول فهو أن شرط العتق شرط لا يلائم العقد لان العقد يقتضى الملك والمالك يقتضى اطلاق التصرف في المملوك تحصيلاً وتركاً وشرط الاعتاق يقتضى الاستحقاق وال لزوم لاحالة فلا يلائم بل بضاده وأما الثاني فلان هذا الشرط يلائم العقد من وجه ولا يلائم من وجه وهذا يوجب الفساد على ما ذكره ثم إذا باع بهذا الشرط فاعتقه المشتري انقلب العقد جائزاً بالا اعتاق عند أبي حنيفة استحقاقاً حتى يجب على المشتري الثمن سواء اعتقه بعد القبض أو قبله هكذا روى ابن شجاع عن أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله لا ينقلب جائزاً حتى تلزمه قيمة الجارية وهو القياس وهكذا روى أبو يوسف عن أبي حنيفة رحمه الله (ووجهه) ظاهر لان البيع وقع فاسداً من حين وجوده وبالا اعتاق لا ينعدم الفساد بل يتقرر لانه إنهاء للملك وأنه تقر به فيوجب تقرر الفساد للفساد والقاسد يفيد الملك بالقيمة لا بالثمن ولهذا لو هلك العبد في يده قبل الاعتاق تلزمه القيمة وكذا لو باعه من رجل أو وهبه فعليه قيمته كذا هيها ولا يبي حنيفة رحمه الله ما ذكرنا أن شرط الاعتاق يلائم العقد من وجه ولا يلائم من وجه لانه إنهاء من وجه وإزالة من وجه فمن حيث أنه إنهاء كان يلائم لانه لا تقر به ولكن من حيث أنه إزالة لا يلائم لانه لا تفيير موجب العقد فيجب العمل بالشبهين فعملنا بشبه الإزالة قلنا بفساد العقد في الابتداء وعملنا بشبه الإنهاء قلنا بجوازه في الانتهاء عملنا بالشبهين بقدر الامكان فان قيل لم لا يعمل بهما على القلب مما قلتم قيل لانه لا يمكن لاننا نجد جائزاً انقلب فاسداً في أصول الشريعة ووجدنا فاسداً انقلب جائزاً كما في بيع الرقم ونحوه بخلاف ما إذا باع أو وهب لان ذلك ليس إنهاء للملك وبخلاف ما إذا باع بشرط التدبير أو الاستيلاء فديرها المشتري أو استولدها أن البيع لا ينقلب الى الجواز لان التدبير والاستيلاء لا يوجبان إنهاء للملك بيقين لاحتمال قضاء القاضي بجواز بيع المدبر وجواز بيع أم الولد في الجملة فكان ذلك شرطاً لا يلائم العقد أصلاً فوجب لزوم الفساد وكذا لو باع عبداً أو جارية بشرط أن لا يبيعه وأن لا يهبه وأن لا يخرج عن ملكه فالبيع فاسد لان هذا شرط ينتفع به العبد والجارية بالصيانة عن تداول الأيدي فيكون مفسداً للبيع (وأما) فيما سوى الرقيق إذا باع ثوباً على أن لا يبيعه المشتري أو لا يهبه أو دابة على أن لا يبيعها أو يهبها أو يطعمها على أن يأكله ولا يبيعه ذكر في المزارعة ما يدل على جواز البيع فانه قال لو شرط أحد المزارعين في المزارعة على أن لا يبيع الآخر نصيبه ولا يهبه فالمزارعة جائزة والشرط باطل وهكذا روى الحسن في المجرى عن أبي حنيفة رحمه الله وفي الأملاء عن أبي يوسف أن البيع بهذا الشرط فاسد (ووجهه) أنه شرط لا يقتضيه العقد ولا يلائم ولا يجري به التعارف بين الناس فيكون مفسداً كما في سائر شرائط المفسدة والصحيح ما ذكر في المزارعة لان هذا شرط لا منفعة فيه لاحد فلا يوجب الفساد وهذا لان فساد البيع في مثل هذه الشروط لتضمنها الربا وذلك بزيادة منفعة مشروطة في العقد لا يبقا بلها عوض ولم يوجد في هذا الشرط لانه لا منفعة فيه لاحد الا أنه شرط فاسد في نفسه لكنه لا يؤثر في العقد فالعقد جائز والشرط باطل ولو باع ثوباً على أن يخرقه المشتري أو داراً على أن يخرجها فالبيع جائز والشرط باطل لان شرط المضرة لا يؤثر في البيع على ما ذكرنا ولو باع جارية على أن لا يطأها المشتري ذكر ذلك في الاختلاف بين أبي يوسف ومحمد رحمهما الله اختلافاً ولم يذكر قول أبي حنيفة عليه الرحمة فقال البيع فاسد والشرط باطل عند أبي يوسف وعند محمد البيع جائز والشرط باطل ولو باع بشرط أن

يطأها جاز البيع والشرط في قولهم جميعاً وروى عن أبي حنيفة رحمه الله أن البيع فاسد في الموضعين جميعاً (وجهه)
 قول محمد أن هذا شرط لا منفعة فيه لا حد فلا يؤثر في فساد البيع كما لو باع ماسوى الرقيق على أن لا يبيع أولاً يهب
 إلا أنه نوع مضر للمشتري فكان باطلاً والبيع صحيحاً (وجهه) قول أبي يوسف أن هذا شرط يخالف مقتضى العقد
 لأن حل الوطء أمر يقتضيه العقد وهذا الشرط ينفيه بخلاف ما إذا باع بشرط أن يطأها لأن ذلك شرط يقرر مقتضى
 العقد لأن إباحة الوطء مما يقتضيه العقد ولا يبي حنيفة رحمه الله على ما روى عنه أن شرط الوطء مالا يقتضيه العقد أيضاً
 بل ينفيه لأن البيع يقتضى الحل لا الاستحقاق وقضية الشرط الاستحقاق والزوجان وهما مما لا يقتضيه العقد
 بل ينفيه (وأما) الشرط الذي يقتضيه العقد فلا يوجب فساداً كما إذا اشترى بشرط أن يتملك المبيع أو باع
 بشرط أن يملك الثمن أو باع بشرط أن يحبس المبيع أو اشترى على أن يسلم المبيع أو اشترى جارية على أن تحمده أو
 دابة على أن يركبها أو ثوباً على أن يلبسه أو حنطة في سنبليها وشرط الحصاد على البائع ونحو ذلك فالبيع جائز لأن البيع
 يقتضى هذه المذكورات من غير شرط فكان ذكرها في معرض الشرط تقرر مقتضى العقد فلا توجب فساد العقد
 ولو اشترى شيئاً بشرط أن يوفيه في منزله فهذا لا يخلو ما أن يكون المشتري والبائع بمنزلهما في المصر وما أن يكون أحدهما
 في المصر والاخر خارج المصر فإن كان كلاهما في المصر فالبيع بهذا الشرط جائز عند أبي حنيفة وأبي يوسف استحساناً
 إلا إذا كان في تصحيح هذا الشرط تحقيق الرأى كما إذا تبايعا حنطة بحنطة وشرط أحدهما على صاحبه الإيفاء في
 منزله وعند محمد البيع بهذا الشرط فاسد وهو القياس لأنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة للمشتري فأشبهه ما إذا
 اشترى بشرط الحمل إلى منزله أو بشرط الإيفاء في منزله وأحدهما في المصر والاخر خارج المصر (ولهما) أن الناس
 تعاملوا بالبيع بهذا الشرط إذا كان المشتري في المصر فتزكنا القياس لتعامل الناس ولا تعامل فيما إذا لم يكن في المصر ولا في
 شرط الحمل إلى المنزل فعملنا بالقياس فيه وكذلك الشرط الذي لا يقتضيه العقد لكنه ملائم للعقد لا يوجب فساد العقد
 أيضاً لأنه مقرر لحكم العقد من حيث المعنى مؤكداً على ما ذكرنا من شاء الله تعالى فيلحق بالشرط الذي هو من مقتضيات
 العقد وذلك نحو ما إذا باع على أن يعطيه المشتري بالثمن رهناً أو كفيلاً والرهن معلوم والكفيل حاضر قبل وجلة
 الكلام في البيع بشرط إعطاء الرهن أن الرهن لا يخلو ما أن يكون معلوماً أو مجهولاً فإن كان معلوماً فالبيع جائز
 استحساناً والقياس أن لا يجوز لأن الشرط الذي يخالف مقتضى العقد مفسد في الأصل وشرط الرهن والكفالة مما
 يخالف مقتضى العقد فكان مفسداً إلا أنا استحساناً الجواز لأن هذا الشرط لو كان مخالفاً لمقتضى العقد صورة فهو
 موافق له معنى لأن الرهن بالثمن شرع توثيقاً للثمن وكذا الكفالة فإن حق البائع يتأكد بالرهن والكفالة فكان كل
 واحد منهما مقراً لمقتضى العقد معنى فأشبهه اشتراط صفة الجودة للثمن وأنه لا يوجب فساد العقد كذلك هذا ولو
 قبل المشتري المبيع على هذا الشرط ثم امتنع من تسليم الرهن لا يجبر على التسليم عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر يجبر عليه
 (وجهه) قوله أن الرهن إذا شرط في البيع فقد صار حفاً من حقوقه والجبر على التسليم من حقوق البيع فيجبر عليه (ولنا)
 أن الرهن عقد تبرع في الأصل واشتراطه في البيع لا يخرج عنه أن يكون تبرعاً والجبر على التبرع ليس بمشروع فلا يجبر
 عليه ولكن يقال له ما أن تدفع الرهن أو قيمته أو تؤدى الثمن أو يفسخ البائع البيع لأن البائع لم يرض بزيادة المبيع عن
 ملكه إلا بوثيقة الرهن أو بقيمته لأن قيمته تقوم مقامه ولأن الدين يستوفي من مالية الرهن وهي قيمته وإذا أدى
 الثمن فقد حصل المقصود فلا معنى للفسخ ولو امتنع المشتري من هذه الوجوه فلا بد أن يفسخ البيع لقوات الشرط
 والفرض وإن كان الرهن مجهولاً فالبيع فاسد لأن جواز هذا الشرط مع أن القياس يأباه لكونه ملائماً للعقد مقررراً
 لمقتضاه معنى الحصول معنى التوثيق والتأكد للثمن ولا يحصل ذلك إلا بالتسليم وأنه لا يتحقق في المجهول ولو اتفقا على
 تعيين رهن في المجلس جاز البيع لأن المانع هو جهالة الرهن وقد زال فكأنه كان معلوماً معينا من ابتداء لأن المجلس له
 حكم حالة واحدة وإن افتراق المجلس تقرر الفساد وكذا إذا تمسك على تعيين الرهن ولكن المشتري قد التزم جاز

البيع أيضاً لان المقصود من الرهن هو الوصول الى الثمن وقد حصل فيسقط اعتبار الوثيقة وكذلك البيع بشرط اعطاء الكفيل ان الكفيل ان كان حاضراً في المجلس وقبل جاز البيع استحساناً وان كان غائباً فالبيع فاسد وكذا اذا كان حاضراً ولم يقبل لان الجواز على مخالفة القياس ثبت لمعنى التوثيق وتوكيد الثمن لما فيه من تقرير بموجب العقد على ما بينا فاذا كان الكفيل غائباً أو حاضراً ولم يقبل لم تصبح الكفالة فلم يحصل معنى التوثيق فبقى الحكم على ما يقتضيه القياس وكذا اذا كان الكفيل مجهولاً فالبيع فاسد لان كفالة المجهول لا تصح ولو كان الكفيل معيناً وهو غائب ثم حضر وقبل الكفالة في المجلس جاز البيع لانه جازت الكفالة بالقبول في المجلس واذا حضر بعد الافتراق تأكد الفساد ولو شرط المشتري على البائع أن يحمله بالثمن على غريم من غرمائه أو على أن يضمن الثمن لغريم من غرماء البائع فالبيع فاسد لان شرط الحوالة والضمان شرط لا يقتضيه العقد والشرط الذي لا يقتضيه العقد مفسد في الاصل الا اذا كان فيه تقرير بموجب العقد وتأكيده والحوالة ابراء عن الثمن واسقاط له فلم يكن ملائماً للعقد بخلاف الكفالة والرهن وكذلك ان كان مما لا يقتضيه العقد ولا يلائم العقد أيضاً لكن للناس فيه تعامل فالبيع جائز كما اذا اشترى نعلا على ان يحده البائع أو جراباً على ان يخر زهلاً خفياً أو ينمل خفه والقياس ان لا يجوز وهو قول زفر رحمه الله (وجه) القياس ان هذا شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد العاقدين وانه مفسد كما اذا اشترى ثوباً بشرط أن يخطه البائع له قيصاً ونحو ذلك (ولنا) ان الناس تعاملوا بهذا الشرط في البيع كما تعاملوا الاستصناع فسقط القياس بتعامل الناس كما سقط في الاستصناع ولو اشترى جارية على انها بكر أو طباخة أو خبازة أو غلاماً على انه كاتب أو خياط أو باع عبداً بألف درهم على انها امحاح أو على انها جيداً قد بيت المال أو اشترى على انها مؤجلة فالبيع جائز لان الشروط صفة للمبيع أو الثمن صفة محضة لا يتصور اطلاقها أصلاً ولا يكون لها حصص من الثمن بخلاف ما كان موجوداً عند العقد بدخل فيه من غير تسمية وانما صفة مرغوب فيها لا على وجه التلهي والشرط اذا كان هذا سبيله كان من مقتضيات العقد واشتراط شرط يقتضيه العقد لا يوجب فساد العقد كما اذا اشترى بشرط التسليم وتملك المبيع والانتفاع به ونحو ذلك بخلاف ما اذا اشترى ناقة على انها حامل ان البيع يفسد في ظاهر الرواية لان الشرط هناك عين وهو الحمل فلا يصلح شرطاً وكون الناقة حاملاً وان كان صفة لها لكن لا تحقق له الا الحمل وهو عين في وجوده غرر ومع ذلك مجهول فأوجب ذلك فساد البيع ويخرج على هذا أيضاً ما ذكرنا من المسائل اذا اشترى ناقة على انها تحلب كذا وكذا رطلاً أو على انها حلوبة أو على انها لبون ان ان البيع بهذه الشروط فاسد لان الشروط في هذه المواضع عين فلا يصلح شرطاً وعلى هذا يخرج ما اذا اشترى جارية على انها مغنية على سبيل الرغبة فيما لان جهة الغناء جهة التلهي فاشتراطها في البيع يوجب الفساد وكذا اذا اشترى قمرية على انها تصبوت أو طوطياً على انه يتكلم أو حمامة على انها تحبى ومن مكان بعيد أو كسأ على انه نطاح أو ديكاً على انه مقاتل لان هذه الجهات كلها جهات التلهي بخلاف ما اذا اشترى كلباً على انه معلم أو اشترى دابة على انها مسالاج لانه صفة لا حظ فيها بوجه والله عز شأنه الموفق ويجوز البيع بشرط البراءة عن العيب عندنا سواء عم العيوب كلها بأن قال بعث على ابنى برى ومن كل عيب أو خص بأن سئمتى جنساً من العيوب وقال الشافعي رحمه الله ان خص صح وان عم لا يصح واذا لم يصح الا براء عند هل يصح العقد له فيه قولان في قول يطل العقد أيضاً وفي قول يصح العقد ويطل الشرط وعلى هذا الخلاف الا براء عن الحقوق المجهولة ولو شرط على ابنى برى من العيب الذي يحدث روى عن أى يوسف رحمه الله ان البيع بهذا الشرط فاسد (وجه) قول الشافعي رحمه الله ان الا براء عن كل عيب ابراء عن المجهول فلا يصح ولا شك انه ابراء عن المجهول والدليل على ان الا براء عن كل عيب ابراء عن المجهول غير صحيح ان الا براء اسقاط فيه معنى التملك بدليل أنه يرتد بالرد وهذا آية التملك اذا الاسقاط لا يحتمل ذلك وتمايك المجهول لا يصح كالبصير ونحوه (ولنا) ان الا براء وان كان فيه معنى التملك لكن الجيلة لا تمنع صحة التملك لئلا يسل لا فضائها الى المنازعة ألا ترى أنها لا تمنع في موضع لا يفرض الى المنازعة كما

اذاباع قفيزا من هذه الصبرة أو عشرة دراهم من هذه النقرة وهذا النوع من الجهالة ههنا لا يفضى الى المنازعة لان قوله كل عيب يتناول العيوب كلها فاذا سمي جنساً من العيوب لاجهالة له أصلاً مع ما ان التملك في البراءة ثبت ضمناً وتبعاً للاسقاط لان اللفظ يبي عن الاسقاط لا عن التملك فيعتبر التصرف اسقاطاً لا تملكاً والجهالة لا تمنع صحة الاسقاطات والدليل على جواز البراءة عن الحقوق المجهولة ما روى ان رجلين اختصما الى النبي عليه الصلاة والسلام في موارد قد درست فقال لهما عليه الصلاة والسلام ابستم ما وأوجبا الحق وليحل كل واحد منهما صاحبه وعلى هذا اجماع المسلمين من استحل مال معاملةهم في آخر أعمارهم في سائر الاعصار من غير انكار وأما بيع الثمر على الشجر بعد ظهوره وبيع الزرع في الارض بشرط الترك فجملة الكلام فيه انه لا يخلو اما ان كان لم يبد صلحه بعد ان صار منتفعاً به بوجه من الوجوه واما ان كان قد بدا صلحه بان صار منتفعاً به وكل ذلك لا يخلو من أن يكون بشرط القطع أو مطلقاً أو بشرط الترك حتى يبلغ فان كان لم يبد صلحه فباع بشرط القطع جاز وعلى المشتري أن يقطع للخال وليس له أن يترك من غير اذن البائع ومن مشايخنا من قال لا يجوز بيعه قبل بدو صلحه وهو خلاف ظاهر الرواية على ما ذكرنا ولو باع مطلقاً عن شرط جاز أيضاً عندنا وعند الشافعي رحمه الله لا يجوز (وجه) قوله ان المطابق ينصرف الى المتعارف والمتعارف هو الترك فكان هذا بيعاً بشرط الترك دلالة قصار كما لو شرط الترك نصاً (ولنا) ان الترك ليس بشروط نصاً اذ المقدم مطلق عن الشرط أصلاً فلا يجوز تقييده بشرط الترك من غير دليل خصوصاً اذا كان في التقييد فساد القصد وان اشترى بشرط الترك فالعقد فاسد بالاجماع لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعلة لأحد المتعاقدين ولا يلزم العقد ولا جرى به التعامل بين الناس ومثل هذا الشرط مفسد للبيع لما ذكرنا ولانه لا يمكن من الترك الا بإعارة الشجرة والارض وهما ملك البائع فصار بشرط الترك شارطاً الا عارة فكان شرطه صفة في صفقة وانه منهي هذا اذ لم يبد صلحه وكذا اذا بدا صلحه فباع بشرط القطع أو مطلقاً فاما اذا باع بشرط الترك فان لم يتناه عظمه فالبيع فاسد بلا خلاف لما قلنا وكذا اذا تناهى عظمه فالبيع فاسد عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد يجوز استحساناً للتعرف الناس وتعاملهم ذلك ولهما ما ذكرنا أن شرط الترك شرط فيه منفعة للمشتري والعقد لا يقتضيه وليس بملازم للعقد أيضاً ومثل هذا الشرط يكون مفسداً كما اذا اشترى حنطة على أن يتركها في دار البائع شهر اقله الناس تعاملوا ذلك قلنا دعوى تعامل الناس بشرط الترك في المبيع ممنوعة وانما التعامل بالمساحة بالترك من غير شرط في عقد البيع ولو اشترى مطلقاً عن شرط فترك فان كان قد تناهى عظمه ولم يبق الا النضج لم يتصدق بشئ سواء ترك باذن البائع أو بغير اذنه لانه لا يرداد بعد التناهي وانما يتغير الى حال النضج وان كان لم يتناه عظمه ينظر ان كان الترك باذن البائع جاز وطالب له الفضل وان كان بغير اذنه تصدق بما زاد في ذاته على ما كان عند العقد لان الزيادة حصلت بحجة محظورة فأوجب خبثاً فيها فكان سبيلها التصديق فان استأجر المشتري من البائع الشجر للترك الى وقت الادراك طالب له الفضل لان الترك حصل باذن البائع ولكن لا تجب الاجرة لان هذه الاجارة باطلة لان جوازها ثبت على خلاف القياس لتعامل الناس فلم يتعاملوا فيه لا تصح فيه الاجارة ولهذا لم تصح اجارة الاشجار لتجفيف الثياب واجارة الاوتاد لتعليق الاشياء عليها واجارة الكتب للقراءة ونحو ذلك حتى لا تجب الاجرة لما قلنا كذا هذا ولو أخرجت الشجرة في مدة الترك ثمرة أخرى فهي للبائع سواء كان الترك باذنه أو بغير اذنه لانه نفع ملك البائع فيكون له ولو حل له البائع جاز وان اختلط الحادث بعد العقد لم يوجد عنده حتى لا يعرف ينظر ان كان قبل التخلي بطل البيع لان المبيع صار معجوزاً للتسليم بالاختلاط للجهالة وتعدراً للتمييز فاشبه العجز عن التسليم بالهلاك وان كان بعد التخلي لم يبطل لان التخلي قبض وحكم البيع يتم ويتناهي بالقبض والثمرة تكون بينهما اختلاط ملك أحدهما بالآخر اختلاطاً لا يمكن التمييز بينهما فكان الكل مشتركاً بينهما والقول قول المشتري في المقدار لانه صاحب يد لوجود التخلي فكان الظاهر شاهد له فكان القول قوله ولو اشترى ثمرة بدو صلاح

بعضها دون بعض بان أدرك البعض دون البعض بشرط الترك فالبيع فاسد على أصلها لانه لو كان أدرك الكل فاشترها بشرط الترك فالبيع فاسد عندهما فبادراك البعض أولى (وأما) على أصل محمد رحمه الله وهو اختيار العادة فان كان صلاح الباقي متقار باجزاء العادة في الثمار أن لا يدرك الكل دفعة واحدة بل يتقدم ادراك البعض على البعض ويلحق بعضها بمضافها كأنه اشتراها بعد ادراك الكل ولو كان كذلك لصح الشراء عنده بشرط الترك كذا هذا وان كان يتأخر ادراك البعض عن البعض تأخيرا فاحشا كالغيب ونحوه يجوز البيع فيما أدرك ولا يجوز فيما لم يدرك لان عند التأخر الفاحش يمتحنان بجنس من تحتين (ومنها) شرط الاجل في المبيع والعين والتمن العين وهو أن يضرب لتسليمها أجل لان القياس يأبى جواز التأجيل أصلا لانه تغيير مقتضى العقد لانه عقد معاوضة بتملك بتملك وتسليم وتسليم والتأجيل ينفي وجوب التسليم للحال فكان مغير مقتضى العقد الا أنه شرط نظر لصاحب الاجل لضرورة عدم ترفيها له وتمكينه من اكتساب الثمن في المدة المضروبة ولا ضرورة في الاعيان فبقى التأجيل فيها تغييرا محضا لمقتضى العقد فيوجب فساد العقد ويجوز في المبيع الدين وهو السلم بل لا يجوز بدونه عندنا على ما ذكره في موضعه وكذا يجوز في الثمن الدين وهو بيع الدين بالدين لان التأجيل يلائم الدين ولا يلائم الاعيان لمساس حاجة الناس اليه في الدين لا في الاعيان على ما بينا (ومنها) شرط خيار مؤقت بوقت محمول جهالة متفاحشة كهبوب الريح ومجيء المطر وقدم فلان وموت فلان ونحو ذلك أو متقاربة كالحصاد والدياس وقدم الحاج ونحوها (ومنها) شرط خيار غير مؤقت أصلا والاصل فيه ان شرط الخيار يمنع انعقاد العقد في حق الحكم للحال فكان شرطاً مغيراً مقتضى العقد وأنه مفسد للعقد في الاصل وهو القياس الا أناعرفنا جوازه استحسانا بخلاف القياس بالنص وهو ما روى ان حبان بن منقذ كان يغيب في التجارات فشكا أهله الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال له اذا بايعت قتل لا خلافة ولى الخيار ثلاثة أيام فبقي ما وراء المنصوص عليه على أصل القياس (ومنها) شرط خيار مؤقت بالزائد على ثلاثة أيام عند أبي حنيفة وزفر وقال أبو يوسف ومحمد هذا الشرط ليس بمفسد واحتج بما روى أن عبد الله بن سيدنا عمر رضي الله عنهما شرط الخيار شهرين ولان النص الوارد في خيار ثلاثة أيام معلول بالحاجة الى دفع الغبن بالتأمل والنظر وهذا لا يوجب الاقتصار على الثلاث كالحاجة الى التأجيل ولا في حنيفة ان هذا الشرط في الاصل مما ياباه القياس والنص أما القياس فما ذكرناه ان شرطه مغير مقتضى العقد ومثل هذا الشرط مفسد للعقد في الاصل وأما النص فما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه نهى عن بيع الغرر وهذا بيع الغرر لانه تعلق انعقاد العقد على غرر سقوط الخيار الا أنه ورد نص خاص بجوازه فيتبع مورد النص وانه ورد بثلاثة أيام فصار ذلك مخصوصا عن النص العام وترك القياس فيه فيعمل بعموم النص ومقتضى القياس فيما وراء هذا والعمل بقول سيد البشر عليه أفضل الصلاة والسلام أولى من العمل بقول عبد الله بن سيدنا عمر وقوله النص معلول بالحاجة الى دفع الغبن قلنا لو كان كذلك فالثلاث مدة صالحة لدفع الغبن لكونها صالحة للتأمل وما وراء ذلك لانه نهاية له (وأما) شرط خيار مؤقت بالثلاث فما دونها فليس بمفسد استحسانا لحدوث حبان ابن منقذ ولمساس الحاجة اليه لدفع الغبن والتدراك عند اعتراض الندم وسواء كان الشرط للعاقدة أو لغيره بأن شرط الخيار لثالث عند أصحابنا الثلاثة رحمهم الله وقال زفر رحمه الله لا يجوز شرط الخيار لغير العاقد (وجه) قوله ان اشتراط الخيار للعاقدة مع ان القياس ياباه ثبت بالنص فبقى اشتراطه لغيره على أصل القياس (ولنا) ان النص معلول بالحاجة الى التأمل لدفع الغبن والناس يتفاوتون في البصيرة بالسلع فمن الجائز أن يكون المشروط له الخيار أبصر منه فقوض الخيار اليه ليتأمل في ذلك فان صلح أجازة والفسخ وإذا جاز هذا الشرط ثبت الخيار للمشروط له وللعاقدة أيضا ولما ذكره لكل واحد منهما ولاية الاجازة والفسخ وسواء كان العاقد مالكا أو وصيا أو وليا أو وكلا فيجوز شرط الخيار فيه لنفسه أو لصاحبه الذي عاقده (أما) الأب أو الوصي فلان اشتراط الخيار منهما من باب النظر للصغير فيملكه (وأما)

الوكيل فلانه يتصرف بأمر الموكل وقد أمره بالبيع والشراء مطلقاً فيجوز على إطلاقه وكذلك المضارب أو الشريك شركة عنان أو مفوضة بملك شرط الخيار لما قلنا ولو اشترى شيئاً على أنه أن لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما فالقياس أن لا يجوز هذا البيع وهو قول زفر رحمه الله وفي الاستحسان جائز (وجهه) القياس أن هذا بيع علقته إقالته بشرط عدم نقد الثمن إلى ثلاثة أيام وتعليق الإقالة بالشرط فاسد فكان هذا بيعاً دخله شرط فاسد فيكون فاسداً كسائر الأنواع التي دخلتها شروط فاسدة (وجهه) الاستحسان أن هذا البيع في معنى البيع بشرط الخيار لوجود التعليق بشرط في كل واحد منهما وتحقق الحاجة المستدعية للجواز أما التعليق فإنه علق إقالة هذا البيع وفسخه بشرط عدم النقد إلى ثلاثة أيام وفي البيع بشرط الخيار علق انعقاده في حق الحكم بشرط سقوط الخيار وأما الحاجة فإن المشتري كما يحتاج إلى التأمل في المبيع أنه هل يوافقه أم لا فالبائع يحتاج إلى التأمل أنه هل يصل الثمن إليه في الثلاث أم لا وكذا المشتري يحتاج إلى التأمل أنه هل يقدر على النقد في الثلاث أم لا فكان هذا بيعاً مست الحاجة إلى جوازه في الجانبين جميعاً فكان أولى بالجواز من البيع بشرط الخيار فورود الشرع بالجواز هناك يكون ورودها نادلاً ولو اشترى على أنه أن لم ينقد الثمن إلى أربعة أيام لم يجز عند أبي حنيفة كالأبجوز بشرط الخيار أربع أيام أو أكثر بعد أن يكون معلوماً أن أبا يوسف يقول ههنا لا يجوز كما قال أبو حنيفة فأبو حنيفة مر على أصله ولم يجز في الموضوعين ومحمد مر على أصله وأجاز فيهما وأبو يوسف فرق بينهما (وجهه) الفرق له أن القياس بأبي الجواز في الموضوعين جميعاً إلا أن الجواز في شرط الخيار عرفناه بأثر ابن سيدنا عمر رضي الله عنهما فبقى هذا على أصل القياس والله سبحانه عز شأنه أعلم ويتصل بالشروط المفسدة ما إذا باع حيواناً واستثنى ما في بطنه من الحمل إن البيع فاسد لأن بيع الحمل باقراده لا يجوز فكان استثناءه بمنزلة شرط فاسد أدخل في البيع فوجب فساد البيع وكذلك هذا في عقد الإجارة والكتابة والرهن بخلاف النكاح والخلع والصلح عن دم العمد والهبة والصدقة لأن استثناء الحمل في هذا العقود لا يبطلها وكذلك في الاعتاق لما أن استثناء ما في البطن بمنزلة شرط فاسد والبيع واخوانه تبطلها الشروط الفاسدة فكان الشرط فاسداً والعقد فاسداً ما النكاح ونحوه فلا تبطله الشروط الفاسدة فجاز العقد وبطل الشرط فيدخل في العقد الام والولد جميعاً وكذا في العتق وكذا إذا باع حيواناً واستثنى شيئاً من أطرافه فالبيع فاسد ولو باع صبرة واستثنى قفيزاً منها فالبيع جائز في المستثنى منه وكذا إذا باع صبرة واستثنى جزأاً منها مثل ثلثها أو ربعها أو نحو ذلك ولو باع قطيعاً من الغنم واستثنى شاة منها بغير عينها فالبيع فاسد ولو استثنى شاة منها بعينها فالبيع جائز والاصل في هذا أن من باع جملة واستثنى منها شيئاً فإن استثنى ما يجوز إفراده بالبيع فالبيع في المستثنى منه جائز وإن استثنى ما لا يجوز إفراده بالبيع فالبيع في المستثنى منه فاسد ولو باع ثمرة على رؤس النخل واستثنى منها صاعاً ذكر الفاضل في شرحه مختصر الطحاوي أنه يجوز لأنه استثنى ما يجوز إفراده بالبيع فاشبه ما إذا باع جزأاً مشاعاً منه من الثلث والربع وكذلك لو كان الثمر مجزواً فباع الكل واستثنى صاعاً يجوز وأي فرق بين المجزؤ وغير المجزؤ وذكر الطحاوي في مختصره أنه لا يجوز واليه أشار محمد في الموطأ فإنه قال لا بأس بأن يبيع الرجل ثمرة ويستثنى منها بعضها إذا استثنى شيئاً في جملة ربعاً أو خمساً أو سدساً قيد الجواز بشرط أن يكون المستثنى مشاعاً في الجملة فلو ثبت الجواز في المعين لم يكن لتقييده بهذا الشرط معنى وكذا روى الحسن بن زياد أنه قال لا يجوز وكذا ذكر القدوري رحمه الله في مختصره ثم فساد العقد بما ذكرنا من الشروط مذهب أصحابنا وقال ابن أبي ليلى البيع جائز والشرط باطل وقال ابن شبرمة البيع جائز والشرط جائز والصحيح قولنا لما روى أبو حنيفة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وشروط والنهي يقتضي فساد الممنه فبدل على فساد كل بيع وشرط إلا ما خص عن عموم النص ولأن هذه الشروط بعضها فيه منفعة زائدة ترجع إلى العاقدين أو إلى غيرهما وزيادة منفعة مشروطة في عقد البيع تكون رباو بالبحرام والبيع الذي فيه ربا فاسد وبعضها فيه غرر ونهى رسول الله صلى الله عليه

وسلم عن بيع فيه غرر والمنهي عنه فاسد و بعضها شرط التامى وانه محذور و بعضها يغير مقتضى العقد وهو معنى الفساد اذا الفساد هو التغيير والله سبحانه وتعالى أعلم ثم قران الشرط الفاسد بالعقد والحاقة به سواء عند أبي حنيفة رحمه الله حتى لو باع بيعا صحيحا ثم ألحق به شيئا من هذه الشروط المفسدة يلتحق به وفسد العقد وعندهما لا يلتحق به ولا يفسد العقد وأجمعوا على انه لو ألحق بالعقد الصحيح شرطا صحيحا كاختيار الصحيح في البيع البات ونحو ذلك يلتحق به (وجه) قولهما ان الحاق الشرط الفاسد بالعقد يغير العقد من الصحة الى الفساد فلا يصح فبق العقد صحيحا كما كان لان العقد كلام لا بقاء له والالتحاق بالمعدوم لا يجوز فكان ينبغي أن لا يصح الا الحاق أصلا إلا أن الحاق الشرط الصحيح بأصل العقد ثبت شرعا للحاجة اليه حتى صح قرانه بالعقد فيصح الحاقه به فلا حاجة الى الحاق الشرط الفاسد ليفسد العقد ولهذا لم يصح قرانه بالعقد ولا في حنيفة رحمه الله ان اعتبار التصرف على الوجه الذي أوقعه المتصرف واجب اذا كان هو أهلا والحل قابلا وقد أوقعه مفسد للعقد اذا الحاق لفساد العقد فوجب اعتباره كما أوقعه فاسدا في الاصل وقولهما الا الحاق تغيير للعقد قلنا ان كان تغييرا فلهما ولاية التغيير ألا ترى أن لهما ولاية التغيير بالزيادة في الثمن والمثلن والخط عن الثمن وبالحاق الشرط الصحيح وان كان تغييرا ولا نهما بل كان الفسخ فالتغيير أولى لان التغيير تبديل الوصف والفسخ رفع الاصل والوصف والله سبحانه أعلم (ومنها) الرضا لقول الله تعالى إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم عقيب قوله عز اسمه يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وقال عليه الصلاة والسلام لا يحل مال امرء مسلم الا بطيب من نفسه فلا يصح بيع المكره اذا باع مكرها وسلم مكرها لعدم الرضا فاما اذا باع مكرها وسلم طائعا فالبيع صحيح على ما ذكره في كتاب الاكراه ولا يصح بيع الهازل لانه متكمم بكلام البيع لاعلى ادارة حقيقته فلم يوجد الرضا بالبيع فلا يصح بخلاف طلاق الهازل انه واقع لان الفاتت بالا كراه ليس الا الرضا والرضا ليس بشرط لوقوف الطلاق بخلاف البيع على ان الهزل في باب الطلاق ملحق بالجد شرعا قال عليه الصلاة والسلام ثلاث جد هن جد وهن جد والطلاق والنكاح والعتاق الحق الهازل بالجد فيه ومثل هذا لم يرد في البيع وعلى هذا يخرج بيع المنابذة والملازمة والحصاة الذي كان يفعله أهل الجاهلية كان الرجلان يتساويمان السلعة فاذا أراد أحدهما الزام البيع بنذ السلعة الى المشتري فيلزم البيع رضى المشتري أم سخط أو لمسه المشتري أو وضع عليها حصاة فجاء الاسلام فشرط الرضا وأبطل ذلك كله وعلى هذا يخرج بيع التلجئة وهي مالجا الانسان اليه بغير اختياره اختيارا لا يثار وجملة الكلام فيه أن التلجئة في الاصل لا تخلو اما أن تكون في نفس البيع واما أن تكون في الثمن فان كانت في نفس البيع فاما أن تكون في انشاء البيع واما أن تكون في الاقرار به فان كانت في انشاء البيع بان تواضعوا في السر لا أمر الجأهم اليه على أن يظهر البيع ولا يبيع بينهما حقيقة وانما هو رياء وسمعة نحو أن يخاف رجل السلطان فيقول الرجل انى أظهر انى بعت منك دارى وليس يبيع في الحقيقة وانما هو تلجئة فتبايعا فالبيع باطل في ظاهر الرواية عن أبي حنيفة وهو قول أبي يوسف ومحمد لانهما تكلما بصيغة البيع لاعلى قصد الحقيقة وهو تفسير الهزل والهزل يمنع جواز البيع لانه يعدم الرضا بمباشرة السبب فلم يكن هذا بيعا منعقدا في حق الحكم وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة ان البيع جائز لان ما شرطاه في السر لم يذكرا في العقد وانما اعتد اعقدا صحيحا بشرائطه فلا يؤثر فيه ما تقدم من الشرط كما اذا اتفقا على أن يشترطا شرطا فاسدا عند البيع ثم باعاه من غير شرط والجواب ان الحكم بطلان هذا البيع لمكان الضرورة فلو اعتبرنا وجود الشرط عند البيع لانتدفع الضرورة ولو أجاز أحدهما دون الآخر لم يجز وان أجازاه كذا ذكر محمد لان الشرط السابق وهو المواقعة منعت انعقاد العقد في حق الحكم بمنزلة شرط خيار المتبايعين فلا يصح الا بتراضيهما ولا يملكه المشتري بالقبض حتى لو كان المشتري عبدا فقبضه واعتقه لا ينفذ اعتاقه بخلاف المكره على البيع والتسليم اذا باع وسلم فأعتقه المشتري انه ينفذ اعتاقه لان بيع المكره انعقد سببا للحكم لوجود الرضا بمباشرة السبب عقلا لما فيه من صيانة نفسه عن الهلاك فانعتد السبب الا أنه فسد لا لعدم

الرضا طبعاً فتأخر الملك فيه الى وقت القبض أما ههنا فلم يوجد الرضا مباشرة السبب في الجانبين أصلاً فلم يتعد السبب في حق الحكم فتوقف على أحدهما فأشبه البيع بشرط خيار المتبايعين هذا اذا كانت التلجئة في انشاء البيع فاما اذا كانت في الاقرار به فان اتفقا على ان يقرابيع لم يكن فأقر بذلك ثم اتفقا على انه لم يكن فالبيع باطل حتى لا يجوز باجازه مالان الاقرار اخبار وصحة الاخبار بثبوت الخبر به حال وجود الاخبار فان كان ثابتاً كان الاخبار صدقاً والا فيكون كذباً والخبر به ههنا وهو البيع ليس بثابت فلا يحتمل الاجازة لانها تلحق الموجود لا المعدوم هذا كله اذا كانت التلجئة في نفس البيع انشاء كان أو اقراراً فاما اذا كانت في الثمن فهذا أيضاً لا يخلو من أحد وجهين اما ان كانت في قدر الثمن واما ان كانت في جنسه فان كانت في قدره بان تواضع في السر والباطن على أن يكون الثمن ألفاً وبتبايعان في الظاهر بألفين فان لم يقلوا عند المواضعة ألفاً منهمار ياء وسمعة فالثمن ما تعاقدوا عليه لان الثمن اسم للمذكور عند العقد والمذكور عند العقد ألفان فان لم يذكر ان أحد همار ياء وسمعة تحت تسمية الألفين وان قالوا عند المواضعة ألفاً منهمار ياء وسمعة فالثمن ثمن السر وان زاد باطله في ظاهر الرأية عند أبي حنيفة وهو قول أبي يوسف ومحمد وروى عن أبي يوسف ان الثمن ثمن العلانية (وجه) هذه الرأية ان الثمن هو المذكور في العقد والالفان المذكوران في العقد وما ذكرنا في المواضعة لم يذكره في العقد فلا يعتبر (وجه) ظاهر الرأية ان ما تواضعوا عليه في السر هو ما تعاقدوا عليه في العلانية الا انهما زادوا عليه ألفاً أخرى والمواضعة السابقة بطلت الزيادة لانها في غير ما قصدوا فلم يصح ذكر الزيادة في البيع فيبقى البيع بما تواضعوا عليه وهو الالف وان كانت في جنسه بان اتفقا في السر على ان الثمن ألف درهم لكنهما يظهر ان البيع بمائة دينار فان لم يقلوا في المواضعة ان ثمن العلانية رياء وسمعة فالثمن ما تعاقدوا عليه لما قلنا وان قالوا ذلك فالقياس ان يبطل العقد وفي الاستحسان يصح بمائة دينار (وجه) القياس ان ثمن السر لم يذكره في العقد وثن العلانية لم يقصده فقد هزل به فسقط وبقى بيعاً بلا ثمن فلا يصح (وجه) الاستحسان انهما لم يقصدا بيعاً باطلاً بل بيعاً صحيحاً فيجب حمله على الصحة ما أمكن ولا يمكن حمله على الصحة الا بثن العلانية فكأنهما انصرفا عما شرطاه في الباطن فتعلق الحكم بالظاهر كما لو اتفقا على أن يبيعا بيع تلجئة فتواهباً بخلاف الالف والالفين لان الثمن المذكور المشروط في السر المذكور في العقد وزيادة فتعلق العقد به هذا اذا تواضعوا في السر ولم يتعاقدوا في السر فاما اذا تعاقدوا في السر بثن ثم تواضعوا على ان يظهر العقد بأكثر منه أو بجنس آخر فان لم يقلوا ان العقد الثاني رياء وسمعة فالعقد الثاني يرفع العقد الاول والثمن هو المذكور في العقد الثاني لان البيع يحتمل القسح والاقالة فشر وعهما في العقد الثاني باطل الاول فبطل الاول والعقد الثاني بما سمي عنده وان قالوا رياء وسمعة فان كان الثمن من جنس آخر فالعقد هو العقد الاول لانهما لم يذكر الرياء والسمعة فقد أبطأ المسمى في العقد الثاني فلم يصح العقد الثاني فيبقى العقد الاول وان كان من جنس الاول فالعقد هو العقد الثاني لان البيع يحتمل القسح فكان العقد هو العقد الثاني لكن بثن الاول وان زاد باطله لانهما أبطأ ما حيث هزل بها هذا اذا تواضعوا واتفقا في التلجئة في البيع فتبايعا وهما متفقان على ما تواضعوا فاما اذا اختلفا فادعى أحدهما التلجئة وأنكر الآخر وزعم ان البيع بيع رغبة فالقول قول منكر التلجئة لان الظاهر شاهده فكان القول قوله مع يمينه على ما يدعيه صاحبه من التلجئة اذا طلب الثمن وان أقام المدعي البينة على التلجئة تقبل يمينه لانه أثبت الشرط بالبينة فتقبل يمينه كما لو أثبت الخيار بالبينة ثم هذا التفرع على ظاهر الرأية عن أبي حنيفة رحمه الله لانه يعتبر المواضعة السابقة فاما على رواية أبي يوسف عنه فلا يجزئ هذا التفرع لانه يعتبر العقد الظاهر فلا يلتفت الى هذه الدعوى لانها وان محت لا تؤثر في البيع الظاهر وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي الخلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه فقال على قول أبي حنيفة القول قول من يدعي جواز البيع وعلى قولهما القول قول من يدعي التلجئة والعقد فاسد ولو اتفقا على التلجئة ثم قالوا عند البيع كل شرط كان بينهما فباطل بطل التلجئة ويجوز البيع لانه شرط فاسد زائد فاحتمل السقوط بالاسقاط ومتى سقط صار العقد جائزاً الا اذا اتفقا عند المواضعة وقالوا ان ما قوله عند البيع ان

كل شرط يتنا فهو باطل فذلك القول من باطل فاذا قال ذلك لا يجوز العقد لانها اتفاقا على ان ما يبطلانه من الشرط عند العقد باطل الا اذا حكى في العلانية ما قال في السر فقالا اننا شرطنا كذا وكذا وقد بطلنا ذلك ثم تباعا في جواز البيع ثم كما لا يجوز بيع التلجئة لا يجوز الاقرار بالتلجئة بان يقول لا خرائي اقرتك في العلانية بما لي أو بداري وتواضعا على فساد الاقرار لا يصح اقراره حتى لا يملكه المقر له والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) الذي يخص بعض البياعات دون بعض فانواع أيضا (منها) أن يكون الاجل معلوما في بيع فيه أجل فان كان مجهولا يفسد البيع سواء كانت الجهالة متفاحشة كهبوب الريح ومطر السماء وقدوم فلان وموته والميسرة ونحو ذلك أو متقاربة كالحصاد والدياس والنير وز والمهرجان وقدوم الحاج وخر وجهم والجداذ والجزار والقطف والميلاد ووصوم النصارى وفطرم قبل دخولهم في صومهم ونحو ذلك لان الاول فيه غرر الوجود والعدم والنوع الثاني مما يتقدم ويتأخر فيؤدي الى المنازعة فيوجب فساد البيع ولو باع العين بثمن دين الى اجل مجهول جهالة متقاربة ثم أبطل المشتري الاجل قبل محله وقبل أن يفسخ العقد بينهما لاجل الفساد جاز العقد عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر لا يجوز ولو لم يبطل حتى حل الاجل وأخذ الناس في الحصاد ثم أبطل لا يجوز العقد بالاجماع وان كانت الجهالة متفاحشة فابطل المشتري الاجل قبل الافتراق وتقد الثمن جاز البيع عندنا وعند زفر لا يجوز ولو افتراق قبل الابطال لا يجوز بالاجماع وعلى هذا اذا باع بشرط الخيار ولم يوقت للخيار وقتا معلوما بأن قال أبدأ أو أيا ما أو لم يذكروا الوقت حتى فسد البيع بالاجماع ثم ان صاحب الخيار أبطل خياره قبل مضي ثلاثة أيام قبل أن يفسخ العقد بينهما جاز البيع عندنا خلافا لزفر رحمه الله وان أبطل بعد مضي الايام الثلاثة لا يجوز العقد عند أبي حنيفة رحمه الله وزفر وعند أبي يوسف ومحمد يجوز وان وقتا معلوما بان قال أر بعة أيام أو شهرا فابطل الخيار قبل مضي ثلاثة أيام وقبل أن يفسخ العقد بينهما لاجل الفساد جاز عندنا وعند زفر لا يجوز وعند هاهنا الخيار جائز ولو مضت الايام الثلاثة ثم أبطل صاحب الخيار خياره لا يجوز البيع بالاجماع وعلى هذا لو عقد العقد السلم بشرط الخيار حتى فسد السلم ثم ان صاحب الخيار أبطل خياره قبل الافتراق جاز السلم عندنا اذا كان رأس المال قائما في يده ولو افتراق قبل الابطال ثم أبطل لا يجوز بالاجماع وعلى هذا اذا اشترى ثوبا برقمه ولم يعلم المشتري رقمه حتى فسد البيع ثم علم رقمه فان علم قبل الافتراق واختار البيع جاز البيع عندنا وعند زفر لا يجوز وان كان بعد الافتراق لا يجوز بالاجماع والاصل عند زفر ان البيع اذا انعقد على الفساد لا يحتمل الجواز بعد ذلك برفع المفسد والاصل عندنا أنه ينظر الى الفساد فان كان قويا بان دخل في صلب العقد وهو البطل أو المبدل لا يحتمل الجواز برفع المفسد كما قال زفر اذا باع عبدا بألف درهم ورطل من خمر فخط الخمر عن المشتري وان كان ضعيفا لم يدخل في صلب العقد بل في شرط جائز يحتمل الجواز برفع المفسد كما في البيع بشرط خيار لم يوقت أو وقت الى وقت مجهول كالحصاد والدياس أو لم يذكروا الوقت وكما في بيع الدين بالدين الى أجل مجهول على ما ذكرنا ثم اختلف مشايخنا في العبارة عن هذا العقد قال مشايخ العراق انه انعقد فاسدا لكن فسادا غير متقرر فان أبطل الشرط قبل تقرر به بأن لم يدخل وقت الحصاد أو اليوم الرابع ينقلب الى الجواز وان لم يبطل حتى دخل تقرر الفساد وهو قول بعض مشايخنا بما وراء النهر وقال مشايخ خراسان وبعض مشايخنا بما وراء النهر العقد موقوف ان اسقط الشرط قبل وقت الحصاد واليوم الرابع تبين أنه كان جائزا من الاصل وان لم يسقط حتى دخل اليوم الرابع أو وان الحصاد تبين أنه وقع فاسدا من حين وجوده وذكر عن الحسن بن زياد رحمه الله أنه قال قال أبو حنيفة لو أن رجلا اشترى عبدا على أنه بالخيار أكثر من ثلاثة أيام فالبيع موقوف فان قال المشتري قبل مضي الثلاث انا أبطل خيارى واستوجب المبيع قبل أن يقول البائع شيئا كان له ذلك وتم البيع وعليه الثمن ولم يكن للبائع أن يبطل البيع وان قال البائع قد أبطلت البيع قبل أن يبطل المشتري خياره بطل البيع ولم يكن للمشتري أن يستوجه به ذلك وأن يبطل خياره فقد نص على التوقف وفسره حيث جعل للبائع حق الفسخ قبل اجازة المشتري وهذا أمانة البيع الموقوف أن يكون لكل

واحد من العاقدین حق الفسخ (وجهه) قول زفران هذا بيع انعقد بوصف الفساد من حين وجوده فلا يتصور أن ينقلب جائز المافيه من الاستحالة ولهذا لم ينقلب الى الجواز اذا دخل اليوم الرابع أو وقت الحصاد والدياس (ولنا) طريقان أحدهما ان هذا العقد موقوف للحال لا يوصف بالفساد ولا بالصحة لان الشرط المذكور يحتمل أن يكون مفسداً حقيقة ويحتمل أن لا يكون فاذا سقط قبل دخول أو ان الحصاد واليوم الرابع تبين انه ليس بمفسد لانه تبين أنه ما شرط الاجل والخيار الا الى هذا الوقت فتبين ان العقد وقع صحيحاً مفيداً للملك بنفسه من حين وجوده كما لو أسقط الاجل الصحيح والخيار الصحيح وهو خيار ثلاثة أيام بعد مضي يوم وان لم يسقط حتى مضت الايام الثلاثة ودخل الحصاد تبين ان الشرط كان الى هذا الوقت وأنه شرط مفسد والثاني ان العقد في نفسه مشروع ولا يحتمل الفساد على ما عرف وكذا أصل الاجل والخيار لانه ملائم للعقد وأنه يوصف العقد بالفساد للحال لا لعينه بل لمعنى مجاور له زائد عليه وعلى أصل الاجل والخيار وهو الجهالة وزيادة الخيار على المدة المشروعة فان سقط قبل دخول وقت الحصاد أو اليوم الرابع فقد أسقط المفسد قبل تقرر فزال الفساد بقي العقد مشروعاً كما كان من غير وصف الفساد واذا دخل الوقت فقد تقرر المفسد فتقرر الفساد والفساد بعد تقرر له لا يحتمل الزوال وقوله العقد ما وقع فاسداً من حين وجوده قلنا على الطريق الاول ممنوع بل هو موقوف وعلى الطريق الثاني مسلم لكن لا لعينه بل لغيره وهو الشرط المجاور المفسد وقد أسقط المفسد قبل تقرر فزال الفساد الثابت لمعنى في غيره فبقى مشروعاً وعاء الله سبحانه وتعالى الموفق ولو باع بثمن حال ثم أخر الى الآجال المتقاربة جاز التأخير ولو أخر الى الآجال المتفاحشة لم يجز والدين على حاله حال فرق بين التأجيل والتأخير لم يجز التأجيل الى هذه الآجال أصلاً وجوز التأخير الى المتقارب منها ووجه الفرق ان التأجيل في العقد جمل الاجل شرطاً في العقد وجهالة الاجل المشروط في العقد وان كانت متقاربة توجب فساد العقد لانها تنقضي الى المنازعة فاما التأخير الى الآجال المجهولة جهالة متقاربة فلا تنقضي الى المنازعة لان الناس يؤخرون الدين الى هذه الآجال عادة ومبنى التأخير على المسامحة فظاهر انهم يسامحون ولا ينازعون وما جرت العادة منهم بالتأخير الى آجال نهش جهاتها بخلاف التأجيل لان ما جعل شرطاً في البيع مبناه على المضايقة فالجهالة فيها وان قلت تنقضي الى المنازعة ولهذا لا يجوز البيع الى الآجال المتقاربة وجازت الكفالة اليها لان مبنى الكفالة على المسامحة فان المكفول له لا يضيق الامر على الكفيل عادة لان له سبيل الوصول الى الدين من جهة الاصيل فالتأجيل اليها لا يفضي الى المنازعة بخلاف البيع فان الجهالة في باب البيع مفضية الى المنازعة فكانت مفسدة للبيع ولو اشترى عيناً بثمن دين على ان يسلم اليه الثمن في مصر آخر فهذا لا يخلو اما ان يكون الثمن مما لا حمل له ولا مؤنة واما ان يكون مما له حمل ومؤنة وعلى كل ذلك لا يخلو من أن ضرب له الاجل أو لم يضرب فان لم يضرب له الاجل فالبيع فاسد سواء كان الثمن له حمل ومؤنة أو لم يكن لانه اذا لم يضرب له الاجل كان شرط التسليم في موضع على سبيل التأجيل وانه أجل مجهول فيوجب فساد العقد وروى عن أبي يوسف رحمه الله ان الثمن اذا كان لا حمل له ولا مؤنة فالبيع جائز لان شرط التأجيل في مكان آخر ليس بتأجيل حقيقة بل هو تخصيص التسليم بمكان آخر فيجوز البيع ويجبر المشتري على تسليم الثمن في أى موضع طال به وان ضرب له أجلاً على ان يسلم اليه الثمن بعد محل الاجل في مصر آخر فان كان الاجل مقداراً لا يمكن الوصول الى الموضع المشروط في قدر تلك المدة فالبيع فاسد أيضاً لانه اذا كان لا يمكن الوصول فيه الى الموضع المشروط صار كان لم يضرب وان كان ضرب أجلاً يمكن الوصول فيه الى المكان المشروط فالبيع صحيح والتأجيل صحيح لانه اذا ضرب له أجلاً يمكن الوصول فيه الى ذلك المكان علم ان شرط التسليم في ذلك المكان لم يكن على سبيل التأجيل بل على تخصيص ذلك المكان بالتسليم فيه فاذا حل الاجل وطالبه البائع بالثمن في غير المكان المشروط ينظر ان كان الثمن مما ليس له حمل ولا مؤنة يجبر المشتري على تسليمه في أى موضع طال به البائع بعد حل الاجل وان كان الثمن له حمل ومؤنة لا يجبر على تسليمه الا في الموضع المشروط وكذلك لو اراد المشتري ان يسلمه في

غير المكان المشرط وأبى البائع ذلك إلا في الموضع المشرط فهو على هذا التفصيل ولو كان الثمن عينا فشرط تسليمه في مصر آخر فالبيع فاسد سواء شرط الاجل أو لم بشرط لان فيه غرر والله سبحانه وتعالى أعلم (ومنها) القبض في بيع المشتري المنقول فلا يصح بيعه قبل القبض لما روي ان النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع ما لم يقبض والنهي يوجب فساد المنهي ولانه يبيع فيه غرر لا نقساح بهلاك المعقود عليه لانه اذا هلك المعقود عليه قبل القبض يبطل البيع الاول فينفسخ الثاني لانه بناء على الاول وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع فيه غرر وسواء باعه من غير بائعه أو من بائعه لان النهي مطلق لا يوجب الفصل بين البيع من غير بائعه وبين البيع من بائعه وكذا معنى الفرر لا يفصل بينهما فلا يصح الثاني والاو على حاله ولا يجوز اشراكه وتوليته لان كل ذلك بيع ولو قبض نصف المبيع دون النصف فاشرك رجلا لم يحز فيما لم يقبض وجاز فيما قبض لان الاشراك نوع بيع والمبيع منقول فلم يكن غير المقبوض محلا له شرعا فلم يصح في غير المقبوض وصح في قدر المقبوض وله الخيار للفرق الصفة عليه ولا تجوز اجارته لان الاجارة تملك المنفعة بعوض وملك المنفعة تابع لملك العين ولا يجوز فيه تملك العين فلا يجوز تملك المنفعة ولان الاجارة عقد يحتتمل الفسخ فيمكن فيه غرر الانقاسح بهلاك المعقود عليه ولان ما روي بان النهي يتناول الاجارة لانه نوع بيع وهو بيع المنفعة ويجوز اعتاقه بعوض وغير عوض وكذا تدبيره واستيلاؤه بان كانت أمة فاقراها كانت ولدت له لان جواز هذه التصرفات يعتمد قيام ملك الرقبة وقد وجد بخلاف البيع فان صحته تقتصر الى ملك الرقبة واليد جميعا لا فتقاره الى التسليم وكذا الاجارة بخلاف الاعتاق والتدبير ولان المانع هو القبض وهذه التصرفات يصير قابضا على ما ذكره في موضعه ان شاء الله تعالى ولان الفساد لم يكن الفرر وهو غرر انقاسح العقد بهلاك المعقود عليه لما ذكره وهذا التصرفات مما لا يحتمل الانقاسح فلم يوجد فلزم الجواز بدليله وهل تجوز كتابته لا رواية فيه عن أصحابنا فاحتمل أن يقال لا يجوز قياسا على البيع لان كل واحد منهما مما يحتمل الفسخ والاقالة وجاز أن يقال يجوز فارقا بينهما وبين البيع لانها أوسع اضرارا من البيع وروى عن أبي يوسف اذا كاتبه المشتري قبل القبض فللبائع أن يبطله فان لم يبطله حتى قد المشتري الثمن جازت الكتابة ذكرها في العيون ولو وهبه من البائع فان لم يقبله لم تصح الهبة والبيع على حاله لان الهبة لا تصح بدون القبول فان قبله البائع لم تحز الهبة لانها تملك المبيع قبل القبض وأنه لا يجوز كاليبيع وانفسخ البيع بينهما ويكون اقالة للبيع فرق بين الهبة من البائع وبين البيع منه حيث جعل الهبة منه اقالة دون البيع منه (وجه) الفرق أن بين الهبة والاقالة مقارنة فان كل واحد منهما يستعمل في الحاق ما سلف بالعدم يقال وهبت منك جرمك كما يقال أقلت عثرتك أو جعلت ذلك كالعدم في حق المؤاخدة به ألا ترى أنه يستعمل كل واحد منهما مكان الآخر فمكن جعل الهبة مجازا عن الاقالة عند تعذر العمل بالحقيقة بخلاف البيع فانه لا مقارنة بينهما وبين الاقالة فتعذر جعله مجازا عنها فوقع لغوا وكذلك لو تصدق به عليه فهو على التفصيل الذي ذكرنا ولو وهب لغير البائع أو تصدق به على غير البائع وأمر بالقبض من البائع أو رهنه عند آخر وأمره أن يقبض من البائع قبضه بامر أو أقرضه وأمره بالقبض لم تحز هذه العقود كلها عند أبي يوسف وعند محمد جازت (وجه) قول محمد ان هذه العقود بالقبض فاذا أمره بالقبض فقد أناب مناب نفسه في القبض فصار بمنزلة الوكيل له فاذا قبض بامر بصير قابضا عنه أولا بطريق النيابة ثم لنفسه فيصح ولا يبي يوسف أن جواز هذه العقود مبني على الملك المطلق وهو ملك الرقبة واليد جميعا لان به يقع الامن عن غرر الانقاسح بهلاك المعقود عليه وغرر الانقاسح ههنا ثابت فلم يكن الملك مطلقا فلم يحز ولو أوصى به لرجل قبل القبض ثم مات جازت الوصية لان الوصية أخت الميراث ولو مات قبل القبض صار ذلك ميراثا لورثته كذا الوصية ولو قال المشتري للبائع بعدي لم يكن تقضا بالاجماع وان باعه لم يحز بيعه ولو قال به لنفسك كان تقضا بالاجماع ولو قال به مطلقا كال تقضا عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف لا يكون تقضا (وجه) قوله أن اطلاق الامر بالبيع ينصرف الى البيع للأمر

لألمأمور لأن الملك له لا للمأمور فصار كأنه قال له بهلى ولونص عليه لا يكون قبضا للبيع لأنه أمره ببيع فاسد فكذا هذا ولهما أن مطلق الأمر بالبيع يحمل على بيع صحيح يصح ولو حملناه على البيع للأمر لما صح لأنه يكون أمرا ببيع من لا يملك بنفسه فلا يصح فيحمل على البيع لنفسه كأنه نص عليه فقال به لنفسك ولا يتحقق البيع لنفسه إلا بعد انقضاء البيع الأول فيتضمن الأمر بالبيع لنفسه انقضاء البيع الأول فيفسخ مقتضى الأمر كما في قول الرجل لغيره اعتق عبدك عني ألف درهم ولو قال المشتري للبائع اعتقه فاعتقه البائع فاعتاقه جائز عن نفسه عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف اعتاقه باطل (وجه) قول أبي يوسف أن مطلق الأمر بالاعتاق ينصرف إلى الاعتاق عن الأمر لا عن نفسه لأن الملك للأمر والاعتاق عنه بمنزلة القبض والبائع لا يصلح نائب عن المشتري في القبض عنه فلا يصلح نائب عنه في الاعتاق ولا في حنيفة رحمه الله أن الأمر بالاعتاق يحمل على وجه يصح ولو حمل على الاعتاق عن الأمر لم يصح لماذا كرم فيحمل على الاعتاق عن نفسه فإذا اعتق وقع عنه (وأما) بيع المشتري العقار قبل القبض فجاء عند أبي حنيفة وأبي يوسف استحسانا وعند محمد وزفر والشافعي رحمهم الله لا يجوز قياسا واحتجوا بمعموم النهي الذي روينا ولأن القدرة على القبض عند العقد شرط صحة العقد لما ذكرنا ولا قدرة إلا بتسليم الثمن وفيه غرر ولهما عمومات البياعات من الكتاب العزيم غير تخصيص ولا يجوز تخصيص عموم الكتاب بخبر الواحد عندنا ونحمله على المنقول توفيقا بين الدلائل صيانة لها عن التناقض ولأن الأصل في ركن البيع إذا صدر من الأهل في المحل هو الصحة والامتناع لعارض الغرر وهو غرر انقضاء العقد بهلاك المعقود عليه ولا يتوهم هلاك العقار فلا يتقرر الغرر بقي بيعة على حكم الأصل وكما لا يجوز بيع المشتري المنقول قبل القبض لا يجوز بيع الجرة المنقولة قبل القبض إذا كانت عينا وبذل الصلح المنقول إذا كان عينا والأصل أن كل عوض ملك بعقد ينسخ فيه العقد بهلا كه قبل القبض لا يجوز التصرف فيه كالمبيع والجرة وبذل الصلح إذا كان منقولا معينا وكل عوض ملك بعقد لا ينسخ العقد فيه بهلا كه قبل القبض يجوز التصرف فيه كالمهر وبذل الخلع وبذل العتق وبذل الصلح عن دم العمد وبقه هذا الأصل ما ذكرنا أن الأصل هو الصحة في التصرف الصادر من الأهل المضاعف إلى المحل والفساد بعارض غرر الانقضاء ولا يتوهم ذلك في هذه التصرفات لأنها لا تحتل القسوخ فكان القول بجواز هذه التصرفات عملا بالأصل وأنه واجب وكذلك الميراث يجوز التصرف فيه قبل القبض لأن معنى الغرر لا يتقرر فيه ولأن الوارث خلف الميراث في ملك المورث وخلف الشيء قائم مقامه كأنه هو فكان المورث قائم ولو كان قائما لجاز تصرفه فيه كذا الوارث وكذلك الموصى به بأن أوصى إلى إنسان بشيء ثم مات الموصى فلموصى له أن يتصرف قبل القبض لأن الوصية أخت الميراث ويجوز التصرف في الميراث قبل القبض فكذا في الموصى به وهل يجوز بيع المقسوم بعد القسمة قبل القبض ينظر أن كان ما وقع عليه القسمة مما يجبر عليه الشركاء إذا طلبها واحد منهم جاز لواحد منهم أن يبيع نصيبه بعد القسمة قبل القبض سواء كان منقولا أو غير منقول لأن القسمة في مثله افراز وإن كان مما لا يجبر عليه الشركاء عند طلب واحد منهم كالأشياء المختلفة والرقيق على قول أبي حنيفة لا يجوز بيعه قبل القبض إن كان منقولا وإن كان عقارا فعلى الاختلاف الذي ذكرنا لأن قسمة هذه الأشياء فيها معنى المبادلة فتشبه البيع والله عز اسمه أعلم (وأما) بيع الدين قبل القبض فنقول وبالله التوفيق الديون أنواع (منها) ما لا يجوز بيعه قبل القبض ومنها ما يجوز أما الذي لا يجوز بيعه قبل القبض فنحورأس مال السلم لمعموم النهي ولأن قبضه في المجلس شرطو بالبيع فيقبض حقيقة وكذا المسلم فيه لأنه مبيع لم يقبض وكذا لو باع رأس مال السلم بعد الإقالة قبل القبض لا يجوز استحسانا والقياس أن يجوز وهو قول زفر (وجه) القياس أن عقد السلم ارتفع بالإقالة لأنها فسخ وفسخ العقد رفعه من الأصل وجعله كأنه لم يكن وإذا ارتفع العقد من الأصل عادرأس المال إلى قديم ملك رب المال فكان محلا للاستبدال كما كان قبل السلم ولهذا يجب قبض رأس المال بعد

الاقالة في مجلس الاقالة (وجه) الاستحسان عموم النهى الذى رويناه الامن حيث خص بدليل وفي الباب نص خاص وهو ما روى أبو سعيد الخدرى رضى الله عنه عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال لرب السلم لا تأخذ الاسلمك أو رأس مالك وفي رواية خذ سلمك أو رأس مالك نهى النبي عليه الصلاة والسلام رب السلم عن الاخذ عاما واستثنى أخذ السلم أو رأس المال فبقى أخذ ما راءهما على أصل النهى وكذا اذا انسخ السلم بعد صحته لمعنى عارض نحو ذى سلم الى ذى عشرة دراهم في خمر ثم اسلما أو أسلم أحدهما قبل قبض الخمر حتى بطل السلم ووجب على المسلم اليه رد رأس المال لا يجوز لرب السلم الاستبدال استحسانا لما رويناه ولو كان السلم فاسدا من الاصل ووجب على المسلم اليه رد رأس المال لفساد السلم يجوز الاستبدال لان السلم اذا كان فاسدا في الاصل لا يكوله حكم السلم فكان رأس مال السلم بمنزلة سائر الديون من القرض وثن المبيع وضمان الغصب والاستهلاك (وأما) بدل الصرف فلا يجوز بيعه قبل القبض في الابتداء وهو حال بقاء العقد ويجوز في الانتهاء وهو ما بعد الاقالة بخلاف رأس مال السلم فانه لا يجوز بيعه في الحالين (وجه) الفرق أن القياس جواز الاستبدال بعد الاقالة في الناس جميعا لما ذكرنا أن الاقالة فسخ وفسخ العقد رفعه من الاصل كان لم يكن ولو لم يكن العقد لجاز الاستبدال فكذا اذا رفع والحق بالعدم فكان ينبغي أن يجوز الاستبدال فيهما جميعا إلا أن الحرمة في باب السلم ثبتت نصا بخلاف القياس وهو ما رويناه والنص ورد في السلم فبقى جواز الاستبدال بعد الاقالة في الصرف على الاصل وكذا الثياب الموصوفة في الذمة المؤجلة لا يجوز بيعها قبل القبض للنهى سواء كان ثبوتها في الذمة بعقد السلم أو غيره لأن الثياب كما ثبتت في الذمة مؤجلة بطريق السلم تثبت دينها في الذمة مؤجلة لا بطريق السلم بان باع عبد أثوب موصوف في الذمة مؤجل فانه يجوز بيعه ولا يكون جوازه بطريق السلم بدليل ان قبض العبد ليس بشرط وقبض رأس مال السلم شرط جواز السلم وكذا اذا جرداره بثوب موصوف في الذمة مؤجل جازت الاجارة ولا يكون سلما وكذا لو ادعى عينا في بدرجل فصالحه من دعواه على ثوب موصوف في الذمة مؤجل جاز الصلح ولا يكون هذا سلما ولا يجوز الاستبدال به كما لا يجوز بالمسلم فيه وان لم يكن ثبوتها بعقد السلم فهذه جملة الديون التي لا يجوز بيعها قبل القبض وما سواها من ثمن المبيع والقرض وقيمة المنصوب والمستهلك ونحوها فيجوز بيعها من عليه قبل القبض وقال الشافعي رحمه الله ثمن المبيع اذا كان عينا لا يجوز بيعه قبل القبض قول واحد وان كان دينيا لا يجوز في أحد قوله أيضا بناء على أن الثمن والمثل عند من الاسماء المترادفة يقان على مسمى واحد فكان كل واحد منهما مبيعا فكان بيع المبيع قبل القبض وكذا النهى عن بيع ما لم يقبض عام لا يفصل بين المبيع والثمن وأما على أصلنا فالمبيع والثمن من الاسماء المتباينة في الاصل يقان على معنيين متباينين على ما ذكره ان شاء الله تعالى في موضعه ولا حجة له في عموم النهى لان بيع ثمن المبيع ممن عليه صار مخصوصا بحديث عبد الله بن عمر رضى الله عنهما على ما ذكره (وأما) بيع هذه الديون من غير من عليه والشراء بهما من غير من عليه فينظر ان أضاف البيع والشراء الى الدين لم يحز بأن يقول لغيره بعث منك الدين الذي في ذمة فلان بكذا أو يقول اشتريت منك هذا الشيء بالدين الذي في ذمة فلان لان ما في ذمة فلان غير مقدور التسليم في حقه والقدرة على التسليم شرط انعقاد العقد على ما مر بخلاف البيع والشراء بالدين ممن عليه الدين لان ما في ذمته مسلم له وان لم يضاف العقد الى الدين الذي عليه جاز ولو اشترى شيئا بدين ولم يضاف العقد الى الدين حتى جاز ثم أحال البائع على غيره بدينه الذي له عليه جازت الحوالة سواء كان الدين الذي أحيل به دينيا يجوز بيعه قبل القبض أو لا يجوز كالمسلم ونحوه وذكر الطحاوى رحمه الله انه لا تجوز الحوالة بدين لا يجوز بيعه قبل القبض وهذا غير سديد لان هذا توكيل يقبض الدين فان الحال له يصير بمنزلة الوكيل للمحيل يقبض دينه من المحتال له والتوكيل يقبض الدين جائز أى دين كان ويكون قبض وكيله كقبض موكله ولو باع هذا الدين ممن عليه الدين جاز بأن اشترى منه شيئا بعينه بدينه الذي له في ذمته لانه باع ما هو مقدور التسليم عند الشراء لان ذمته في

يصير موضع الاشتقاق علة للحكم المذكور كقوله تعالى جل وعلا والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما وقوله سبحانه وتعالى الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة والطعام اسم مشتق من الطعم فيدل على كون الطعم علة ولأن العلة اسم لوصف مؤثر في الحكم ووصف الطعم مؤثر في حرمة بيع المطعوم والحكم متى ثبت عقيب ووصف مؤثر بحال إليه كما في الزنا والسرقة ونحو ذلك وبيان تأثير الطعم أنه ووصف بنبي عن العزة والشرف لكونه متعلق بالبقاء وهذا يشعر بعزته وشرفه فيجب اظهار عزته وشرفه وذلك في بحر بيع المطعوم بجنسه وتعليق جوازه بشرطى التساوى في المعيار الشرعى والبدلان في تعلقه بشرطين تضيق طريق اصابته وما ضاق طريق اصابته بعز وجوده فيعز ما سلكه ولا يهون في عين صاحبه فكان الاصل فيه هو الحظر ولهذا كان الاصل في الابضاع الحرمة والحظر والجواز بشرطى الشهادة والولى اظهار لشرفها لكونها منشأ البشر الذين هم المقصودون في العالم وبهم قوامها والابضاع وسيلة الى وجود الجنس والقوت وسبيلة الى بقاء الجنس فكان الاصل فيها الحظر والجواز بشرطين لعز وجوده ولا تنبسر اصابته فلا يهون ما سلكه فكذا هذا وكذا الاصل في بيع الذهب والفضة بجنسهما هو الحرمة لكونهما آمان الاشياء فيها وعليها فكان قوام الاموال والحياة بها فيجب اظهار شرفها في الشرع بما قلنا (ولنا) في اثبات الاصل اشارات النصوص من الكتاب العزيز والسنة والاستدلال (أما) الكتاب فقوله تعالى أو فوالكيل ولا تكونوا من الخسرين وزنوا بالقسط المستقيم ولا تبخسوا الناس أشياءهم ولا تمشوا في الارض مفسدين وقال سبحانه وتعالى ويا قوم أو فوالكيل والميزان بالقسط ولا تبخسوا الناس أشياءهم ولا تهسدا في الارض بعد اصلا حيا جعل حرمة الربا بالكيل والموزون مطلقا عن شرط الطعم فدل على ان العلة هي الكيل والوزن وقال سبحانه وتعالى ويل للمطففين الذين اذا اكتالوا على الناس يستوفون وإذا كالوهم أو وزنوهم يخسرون ألحق الوعيد الشديد بالتطفيف في الكيل والوزن مطلقا من غير فصل بين المطعوم وغيره (وأما) السنة فاروى ان عامل خير أهدى الى رسول الله صلى الله عليه وسلم تمر اجنبيا فقال أو كل تمر خير هكذا قال لا ولكنى أعطيت صاعين وأخذت صاعا فقال عليه الصلاة والسلام أر بيت هلا بعت تمر ك يسلمة ثم ابتعت بسلمتك تمرأ وكذلك الميزان وأراد به الموزون بطريق الكناية لجاورة بينهما مطلقا من غير فصل بين المطعوم وغير المطعوم وكذا روى مالك بن أنس ومحمد بن اسحق الحنظلي باسنادهما الحديث المشهور الذي رواه محمد في كتاب البيوع عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال في آخره وكذلك كل ما يكال أو يوزن (وأما) الاستدلال فهو ان الفضل على المعيار الشرعى من الكيل والوزن في الجنس انما كان ربا في المطعومات والاثمان من الاشياء الستة المنصوص عليها لكونه فضل مال خال عن العوض يمكن التحرز عنه في عقد المعاوضة وقد وجد في الجص والحديد ونحوهما فورود الشرع ثمة يكون روادها دلالة وبيان ذلك ان البيع لغة وشرعا مبادلة المال بالمال وهذا يقتضى التساوى في البدلين على وجه لا يخلو كل جزء من البدل من هذا الجانب عن البدل من ذلك الجانب لان هذا هو حقيقة المبادلة ولهذا لا يملك الاب والوصى بيع مال اليتيم بغير فاحش ولا يصح من المريض الا من الثلث والفقير من الحنطة مثل الفقير من الحنطة صورة ومعنى وكذلك الدينار مع الدينار (أما) الصورة فلا تنهما متماثلان في القدر وأما معنى فان الجانسة في الاموال عبارة عن تقارب الماالية فكان الفقير مثلا للفقير والدينار مثلا للدينار ولهذا أؤلف على آخر فقير من حنطة يلزمه فقير مثله ولا يلزمه قيمته وإذا كان الفقير من الحنطة مثلا للفقير من الحنطة كان الفقير الزائد فضل مال خال عن العوض يمكن التحرز عنه في عقد المعاوضة فكان ربا وهذا المعنى لا يخص المطعومات والاثمان بل يوجد في كل مكيل بجنسه وموزون بمثله فالشرع الوارد هناك يكون ربا وهذا دلالة (وأما) قوله الاصل حرمة بيع المطعوم بجنسه فمنوع ولا حجة له في الحديث لانه عليه الصلاة والسلام ما اقتصر على النهى عن بيع الطعام بالطعام ليحتمل الحظر فيه أصلا بل قرن به الاستثناء فقال عليه الصلاة والسلام الا سواء بسواء فلا يدل على كون الحرمة فيه أصلا وقوله جعل الطعم علة دعوى ممنوعة أيضا والاسم

المشتق من معنى انما يحمل علة للحكم المذكور عقبيه عندنا اذا كان له أثر كالزنا والسرقة ونحوهما فلم يلقم بأن للطعم أثر او كونه متعلق البقاء لا يكون أثره في الاطلاق أولى من الخطر فان الاصل فيه هو التوسيع دون التضييق على ما عرف والله سبحانه وتعالى أعلم وعلى هذا الاصل تبني مسائل الربا بقدا ونسيئة وفروع الخلاف بيننا وبين الشافعي أمار بالنقد فقائدة الخلاف فيه تظهر في موضعين أحدهما في بيع مكيل بجنسه غير مطعوم أو موزون بجنسه غير مطعوم ولا ثمن كبير قفيز حص بقفيزي حص وبيع من حديد بمنوى حديد عندنا لا يجوز لأنه يبيع بالوجود علة الربا وهو السكيل مع الجنس أو الوزن مع الجنس وعنده يجوز لأن العلة هي الطعم أو الثمنية ولم يوجد وعلى هذا الخلاف يبيع كل مقدر بجنسه من المكيلات والموزونات غير المطعومات والاثمان كالنورة والزربخ والصفرو والنحاس ونحوها (وأما) بيع المكيل المطعوم بجنسه متفاضلا وبيع الموزون المطعوم بجنسه متفاضلا كبيع قفيز أرز بقفيزي أرز وبيع من سكر بمنوى سكر فلا يجوز بالاجماع أما عندنا فلو وجود القدر والجنس وعنده لوجود الطعم والجنس وكذا كل موزون هو ما كول أو مشروب كالدهن والزيت والخل ونحوها ويجوز بيع المكيل بغير جنسه متفاضلا مطعوما كان أو غير مطعوم بعد أن يكون يدايد كبيع قفيز حنطة بقفيزي شعير وبيع قفيز حص بقفيزي نورة ونحو ذلك لأن علة الربا بالفضل مجموع الوصفين وقد انعدم أحدهما وهو الجنس وكذا يبيع الموزون بغير جنسه متفاضلا جائز ثمنين كانا أو ثمنين بعد أن يكون يدايد كبيع دينار بمائة درهم وبيع من حديد بمنوى نحاس أو رصاص ونحو ذلك لما قلنا ويجوز بيع المذروعات والمعدودات المتفاوتة واحدا باثنين يدايد كبيع ثوب بثوبين وعبد بعبدين وشاة بشاتين ونصل بنصلين ونحو ذلك بالاجماع أما عندنا فلا نعدم أحد الوصفين وهو السكيل والوزن وعنده لا نعدم الطعم والتمنية (وأما) بيع الاواني الصفرية واحدا باثنين كبيع قمعة بقمعتين ونحو ذلك فان كان مما يباع عددا يجوز لأن العدي في العدديات ليس من أوصاف علة الربا فلا يتحقق الربا وان كان مما يباع وزنا لا يجوز لأنه يبيع مال الربا بجنسه مجازفة ويجوز بيع المعدودات المتقاربة من غير المطعومات بجنسها متفاضلا عند أبي حنيفة وأبي يوسف بعد أن يكون يدايد كبيع الفلس بالفلسين باعياهما وعند محمد لا يجوز (وجه) قوله أن الفلوس أثمان فلا يجوز بيعها بجنسها متفاضلا كالدرهم والدنانير ودلالة الوصف عبارة عما تقدر به مائة الا عيان ومالية الا عيان كما تقدر بالدرهم والدنانير تقدر بالفلوس فكانت أثمانا ولهذا كانت أثمانا عند مقابلةها بخلاف جنسها وعند مقابلةها بجنسها حالة المساواة وان كانت ثمنًا فالثن لا يتعين وان عين كالدرهم والدنانير فالتحق التعيين فيهما بالعدم فكان بيع الفلس بالفلسين بغير أعيانها ولا يجوز ولانها اذا كانت أثمانا فالواحد يقابل الواحد فبقى الآخر فضل مال لا يقبله عوض في عقد المعاوضة وهذا تفسير الربا (ولهما) أن علة الربا بالفضل هي القدر مع الجنس وهو السكيل أو الوزن المتفق عند اتحاد الجنس والمجانسة ان وجدت ههنا فلم يوجد القدر فلا يتحقق الربا وقوله الفلوس أثمان قلنا ثمنيتها قد بطلت في حقهما قبل البيع فالبيع صادقها وهي سلع عديدة فيعجز بيع الواحد بالثنين كسائر السلع العديدة كالقمع العديدة وغيرها الا أنها بقيت أثمانا عند مقابلةها بخلاف جنسها وبجنسها حالة المساواة لان خروجها عن وصف الثمنية كان لضرورة صحة العقد وجوازها لهما بقصد الصحة ولا صحة الا بما قلنا ولا ضرورة ثمة لان البيع جائز في الحالين بقيت على صفة الثمنية أو خرجت عنها والثاني في بيع مطعوم بجنسه ليس بمكيل ولا موزون كبيع حنطة حنطة بحنطة بيطيختين أو فتاحه بفتاحتين أو بيضة ببيضتين أو جوزة بجوزتين يجوز عندنا لعدم العلة وبقي السكيل مع الجنس أو الوزن وعنده لا يجوز لوجود الطعم والجنس وكذا لو باع حنطة بحنطة أو فتاحه بفتاحه أو بيضة ببيضة يجوز عندنا لما قلنا وعنده لا يجوز لوجود الطعم لان حرمة بيع المطعوم بجنسه هو الحرمة عند التساوي في السكيل أو الوزن مخلص عن الحرمة بطريق الرخصة ولم يوجد المخلص فبقى على أصل الحرمة (وأما) ربا النساء وفروعه وقاعدة الاختلاف فيه فالاصل فيه ما روى عن ابراهيم النخعي أنه قال أسلم

ما يكال فيما يوزن وأسلم ما يوزن فيما يكال ولا تسلم ما يكال فيما يكال ولا ما يوزن فيما يوزن وإذا اختلف النوعان مما يكال أو يوزن فلا بأس به اثنان بواحد يدا بيد ولا خير فيه نسيئة ولا بد من شرح هذه الجملة وتفصيل ما يحتاج منها إلى التفصيل لانه رحمه الله أجرى القضية فيها عامة ومنها ما يحتمل العموم ومنها ما لا يحتمل فلا بد من بيان ذلك فنقول وبالله التوفيق لا يجوز اسلام المكيلات في المكيلات على العموم سواء كانا مطعومين كالحنطة في الحنطة أو في الشعير أو غير مطعومين كالجص في الجص أو في النورة وكذلك بيع المكيل بالمكيل حالاً لا سائماً لكن ديناً موصوفاً في الذمة لا يجوز سواء كانا من جنس واحد أو من جنسين مطعومين كانا أو غير مطعومين عندنا لأن أحد وصفي علة بالفضل جميعها وهو الكيل وعند الشافعي رحمه الله ان كانا مطعومين فكذلك وان لم يكونا مطعومين جاز لأن العلة عنده الطعم (وأما) اسلام الموزونات في الموزونات فقيه تفصيل ان كانا جميعاً مما يتعينان في العقد لا يجوز أيضاً سواء كانا مطعومين كالسكر في الزعفران أو غير مطعومين كالحديد في النحاس لوجود أحد وصفي علة بالفضل الذي هو علة تامة لربا النساء وعند الشافعي يجوز في غير المطعوم ولا يجوز في المطعوم لما قلنا وان كانا مما لا يتعينان في العقد كالدرهم في الدنانير والدنانير في الدراهم أو الدراهم في الدراهم والدنانير في الدنانير أولاً لا يتعين المسلم فيه كالحديد في الدراهم والدنانير لا يجوز لأن المسلم فيه مبيع لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخص في السلم فهذا يقتضي ان يكون السلم بيع ما ليس عند الإنسان لانه رخص في بعض ما دخل تحت النهي والدخل تحت النهي هو البيع دل ان السلم نوع بيع ليستقيم اثبات الرخصة فيه فكان المسلم فيه مبيعاً والمبيع مما يتعين بالتعيين والدراهم والدنانير لا يحتملان التعيين شرعاً في عقود المعاوضات فلم يكونا متعينين فلا يصلحان مسلماً فيهما وان كان رأس المال مما لا يتعين والمسلم فيه مما يتعين كالأوسم الدراهم والدنانير في الزعفران أو في القطن أو الحديد وغيرهما من سائر الموزونات فانه يجوز لا نعدام العلة وهي القدر المتفق أو الجنس أما الجانسة فظاهرة الانتفاء وأما القدر المتفق فلان وزن الثمن يخالف وزن المثلث أن ترى ان الدراهم توزن بالمثاقيل والقطن والحديد يوزن بالقياس فلم يتفق القدر فلم توجد العلة فلا يتحقق الربا هذا اذا أسلم الدراهم أو الدنانير في سائر الموزونات فاما اذا أسلم ترة فضة أو تبرذهب أو المصوغ فيها فهل يجوز ذكر الاختلاف فيه بين أبي يوسف وزفر على قول أبي يوسف يجوز وعلى قول زفر لا يجوز (وجهه) قول زفر أنه وجد علة بالنساء وهي أحد وصفي علة بالفضل وهو الوزن في المالكين فيتحقق الربا (وجهه) قول أبي يوسف ان أحد الوصفين الذي هو علة القدر المتفق لا مطلق القدر ولم يوجد لان الترة أو التبر من جنس الاثمان وأصل الاثمان ووزن الثمن يخالف وزن المثلث على ما ذكرنا فلم يتفق القدر فلم توجد العلة فلا يتحقق الربا كما اذا أسلم فيها الدراهم والدنانير ولو أسلم فيها الفلوس جاز لان الفلوس عددي والعددي في المعديات ليس من أوصاف العلة ولو أسلم فيها الاواني الصفرية ينظر ان كانت تباع وزناً لم يحز لوجود الوزن الذي هو أحد وصفي علة بالفضل وان كانت تباع عددياً جاز لا نعدام العلة وأما اسلام المكيلات في الموزونات فهو أيضاً على التفصيل فان كان الموزون مما يتعين بالتعيين يجوز سواء كانا مطعومين كالحنطة في الزيت أو الزعفران أو غير مطعومين كالجص في الحديد عندنا لعدم العلة وعند الشافعي لا يجوز في المطعومين لوجود العلة وان كان مما لا يتعين بالتعيين وهو الدراهم والدنانير لا يجوز لما مر ان شرط جواز السلم أن يكون المسلم فيه مبيعاً والدراهم والدنانير اثنان أبداً بخلاف سائر الموزونات ثم اذا لم يحز هذا العقد سائماً هل يجوز بيعاً ينظر ان كان بلفظ البيع يجوز ويكون بيعاً ثمن مؤجل لانه ان تذر تصحيحه أمكن تصحيحه سائماً بيعاً ثمن مؤجل فيجمل بيعاً به وان كان بلفظ السلم اختلف المشايخ فيه قال بعضهم لا يجوز لان السلم يخالف مطلق البيع في الاحكام والشرائط فاذا لم يصح سائماً بطل رأساً وقال بعضهم يجوز لان السلم نوع بيع ألا ترى ان النبي عليه الصلاة والسلام ساء بيعاً حين نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخص في السلم ولهذا يتعد بلفظ البيع الا أنه اختص بشرائط مخصوصة فاذا تذر تصحيحه بيعاً هو سلم يصحح بيعاً ثمن

مؤجل تصحيحاً للتصرف بالقدر الممكن وأما اسلام الموز وناب في المكيلات فحائز على العموم سواء كان الموز ون الذي جعله رأس المال عرضاً يتعين بالتعيين أو ثلاً لا يتعين بالتعيين وهو الدرام والدنانير لأنه لم يجمعها أحد الوصفين وهو القدر المتفق أو الجنس فلم توجد العلة ولو أسلم جنساً في جنسه وغير جنسه كما إذا أسلم مكيلاً في مكيل وموزون لم يحجز السلم في جميعه عند أبي حنيفة رحمه الله وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله يجوز في حصه خلاف الجنس وهو الموزون وهو على اختلاف فهم فيمن جمع بين حر وعبد وباعهما صفقة واحدة وقد ذكرناه فيما تقدم (وأما) اسلام غير المكيل والموزون في جنسه من الذرعيات والعدديات كالهروى والهروى والمروى والحيوان في الحيوان فلا يجوز عندنا وعند الشافعي رحمه الله يجوز ولقب هذه المسئلة أن الجنس باقراده يحرم النساء عندنا وعنده لا يحرم فلا يجوز اسلام الجوز في الجوز والبيض في البيض والتفاح في التفاح والخفنة في الخفنة بالاجماع لوجود الجنس عندنا ولوجود الطعم عنده وأجمعوا على انه يجوز اسلام الهروى في المروى لانعدام أحد الوصفين عندنا وعنده لانعدام الطعم والثمينة ويجوز اسلام الجوز في البيض والتفاح في السفرجل والحيوان في الثوب عندنا لما قلنا وعنده لا يجوز في المطعوم لوجود الطعم ولو أسلم القلوس في القلوس لا يجوز عندنا لوجود الجنس وعنده لوجود الثمينة وكذا إذا أسلم الاواني الصفرية في جنسها وهي تباع عدد لا يجوز عندنا لوجود المجانسة وعنده لوجود الثمينة والكلام في مسئلة الجنس بانفراد مبنى على الكلام في مسئلة الربا وأصل الشافعي فيها ما ذكرنا من حرمة بيع المطعوم بجنسه وحرمة بيع الاثمان بجنسها هي الاصل والتساوى في المعيار الشرعى مع اليد مخلص عن الحرمة بطريق الرخصة أو بالنساء عنده هو فضل الحلول على الاجل في المطعومات والثمينة في الاثمان وقد ذكرنا ما له من الدليل على صحة هذا الاصل فيما تقدم والكلام لا يحتاجنا في هذه المسئلة على نحو ما ذكرناه في علة بالفضل وهو ان السلم في المطعومات والاثمان انما كان ربالكونه فضلاً خالياً عن العوض يمكن التحرز عنه في عقد المعاوضة لان البيع عقد مبادلة على طريق المقابلة والمساواة في البدلين ولهذا لو كانا قدين بجوز ولا مساواة بين النقد والنسيئة لان العين خير من الدين والمعدل اكثر قيمة من المؤجل فكان ينبغي أن يكون كل فضل مشروط في البيع ربا سواء كان الفضل من حيث الذات أو من حيث الاوصاف الا لا يمكن التحرز عنه دفعا للحرص وفضل التعيين يمكن التحرز عنه بأن يبيع عيناً بعين وحالا غير مؤجل وهذا المعنى موجود في غير المطعوم والاثمان فور ودالشرع تمة يكون ووداهنا دلالة وابتداء الدليل لنا في المسئلة ما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال لا ربالا في النسيئة وروى انما الربا في النسيئة حقق عليه الصلاة والسلام الربا في النسيئة من غير فصل بين المطعوم والاثمان وغيرها فيجب القول بتحقيق الربا فيها على الاطلاق والعموم الا ما خص أو قيد بدليل والربا حرام بنص الكتاب العزيز واذا كان الجنس أحد وصفي علة بالفضل وعلة بالنسيئة عندنا وشرط علة بالفضل عنده فلا بد من معرفة الجنس من كل ما يجري فيه الربا فنقول وبالله التوفيق الحنطة كلها على اختلاف أنواعها وأوصافها وبلدانها جنس واحد وكذلك الشعير وكذلك دقيقهما وكذا سويقهما وكذلك التمر وكذلك المالح وكذلك العنب وكذلك الزبيب وكذلك الذهب والفضة فلا يجوز بيع كل مكيل من ذلك بجنسه متفاضلاً في الكيل وان تساوى في النوع والصفة بلا خلاف واما متساوياً في الكيل متفاضلاً في النوع والصفة فنقول لا خلاف في انه يجوز بيع الحنطة بالحنطة السقية بالسقية والنحسية بالنحسية واحداً بالآخرى والجيدة بالجيدة والرديئة بالرديئة واحداً بالآخرى والجديدة بالجديدة والعتيقة بالعتيقة واحداً بالآخرى والمقلوبة بالمقلوبة وكذلك الشعير على هذا وكذلك دقيق الحنطة ودقيق الشعير فيجوز بيع دقيق الحنطة بدقيق الحنطة وسويق الحنطة بسويق الحنطة وكذلك دقيق الشعير وسويقه وكذلك التمر بالتمر البرنى بالمعلى والجيد بالرديء والجديد بالجديد والعتيق بالعتيق وأحداهما بالآخر وكذلك العنب بالزبيب واليابس بالزبيب اليابس ولا خلاف في انه لا يجوز بيع حنطة مقلية بحنطة غير مقلية والمطبوخة بغير مطبوخة وبيع

الحنطة بدقيق الحنطة وبيع تمر مطبوخ تمر غير مطبوخ متفاضلا في الكيل أو متساو يافيه لان
المقالية ينضم بعض أجزائها الى بعض يعرف ذلك بالتجربة فيتحقق الفضل من حيث القدر في الكيل فيتحقق الربا
وكذا المطبوخة بغير المطبوخة لان المطبوخ ينتفخ بالطبخ فكان غير المطبوخة أكثر قدرا عند العقد فيتحقق الفضل
وكذلك بيع الحنطة بدقيق الحنطة لان في الحنطة دقيفاً الا انه مجتمع لوجود المانع من التفرق وهو التريب وذلك
أكثر من الدقيق المتفرق عرف ذلك بالتجربة الا ان الحنطة اذا طاحت ازداد دقيقتها على المتفرق ومعلوم ان الطحن
لا أثر له في زيادة القدر فدل انه كان أزيد في الحنطة فيتحقق الفضل من حيث القدر بالتجربة عند العقد فيتحقق الربا
وأما بيع الحنطة المبولة أو النديبة بالنديبة أو الرابسة بالرطبة أو المبولة بالمبولة أو اليابسة باليابسة وبيع التمر بالرطب
والرطب بالرطب أو التمر والمنقع بالمنقع والعنب بالزبيب اليابس واليابس بالمنقع والمنقع بالمنقع متساو يافيه الكيل فهل
يجوز قال أبو حنيفة رحمه الله كل ذلك جائز وقال أبو يوسف رحمه الله كله جائز الا بيع التمر بالرطب وقال محمد
رحمه الله كله فاسد الا بيع الرطب بالرطب والعنب بالعنب وقال الشافعي رحمه الله كله باطل ويجوز بيع الكفري
بالتمر والرطب بالتمر متساو يافيه متفاضلا بالاجماع لعدم الجنس والكيل اذ هو اسم لوعاء الطلع فأبو حنيفة رحمه الله
يعتبر المساواة في الحال عند العقد ولا يلتفت الى نقصان في المآل ومحمد رحمه الله يعتبرها حالا وما لا واعتبار أبي
يوسف مثل اعتبار أبي حنيفة الا في الرطب بالتمر فانه يفسده بالنقص وأصل الشافعي رحمه الله ما ذكرنا في مسألة علة
الربا ان حرمه بيع المطبوع بحنسه هي الاصل والتساوي في المعيار الشرعي مع اليد مخلص الا انه يعتبر التساوي ههنا في
المعيار الشرعي في أعدل الاحوال وهي حالة الخفاف واحتج أبو يوسف ومحمد بن عيسى عن سعد بن أبي وقاص رضي
الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الرطب بالتمر وقال عليه الصلاة والسلام انه يتقص اذا جف
بين عليه الصلاة والسلام الحكم وعلمته وهي النقصان عند الخفاف فيحمد عدى هذا الحكم الى حيث تعدت العلة وأبو
يوسف قصره على محل النص لكونه حكما ثبت على خلاف القياس ولا في حنيفة رحمه الله الكتاب الكرم والسنة
المشهوره اما الكتاب فعمومات البيع من نحو قوله تعالى وأحل الله البيع وقوله عز شأنه يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا
أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض منكم فقطاهر النصوص يقتضي جواز كل بيع الا ما خص بدليل
وقد خص البيع متفاضلا على المعيار الشرعي بقي البيع متساو يافيه ظاهر العموم وأما السنة المشهورة فحديث أبي
سعيد الخدري وعبادة بن الصامت رضي الله عنهما حيث جوز رسول الله صلى الله عليه وسلم بيع الحنطة بالحنطة
والشعير بالشعير والتمر بالتمر مثلاً بمثل عاماً مطلقاً من غير تخصيص وتقييد ولا شك ان اسم الحنطة والشعير يقع على كل
جنس الحنطة والشعير على اختلاف أنواعهما وأوصافهما وكذلك اسم التمر يقع على الرطب والبسر لانه اسم لثمر النخل
لغة فيدخل فيه الرطب واليابس والمذنب والبسر والمنقع وروى ان عاملاً خبيراً أهدى الى رسول الله صلى الله عليه
وسلم تمر اجنبياً فقال عليه الصلاة والسلام أو كل تمر خبير هكذا وكان أهدى اليه رطباً فقد أطلق عليه الصلاة
والسلام اسم التمر على الرطب وروى انه نهى عليه الصلاة والسلام عن بيع التمر حتى يزهر أو يحمراً أو يصفر
وروى حتى يحمراً أو يصفر والاحمرار والاصفران من أوصاف البسر فقد أطلق عليه الصلاة والسلام اسم التمر
على البسر فيدخل تحت النص وأما الحديث فمداره على زيد بن عياش وهو ضعيف عند النقلة فلا يقبل في معارضة
الكتاب والسنة المشهورة ولهذا لم يقبله أبو حنيفة رحمه الله في المناظرة في معارضة الحديث المشهور مع انه كان من
صيارفة الحديث وكان من مذهبه تقديم الخبر وان كان في حد الآحاد على القياس بعد ان كان راويه عدلاً ظاهر العدالة
أو بأدلة فيحمله على بيع الرطب بالتمر نسيئة أو تمر من مال اليتيم توفيةً بين الدلائل صيانة لها عن التناقض والله
سبحانه وتعالى أعلم وكذلك الذهب والفضة لا يجوز بيع كل بحنسه متفاضلا في الوزن سواء اتفاق في النوع والصفة
بان كان مضمراً أو دنانيراً أو مصوغين أو تبرين جديدين أو رديئين أو اختلفا للحديث المشهور مثلاً بمثل والفضل

ربا واما متساويا في الوزن متفاضلا في النوع والصفة كالمصوغ بالتبر والجيد بالردى فيجوز عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز بيع الجيد بالردى واحتج بالحديث المشهور مثلاً بمثل ولا مماثلة بين الجيد والردى في القيمة وأما الحديث المشهور مثلاً بمثل فالمراد منه المماثلة في الوزن وكذا روى في بعض الروايات وزنا بوزن وقوله عليه الصلاة والسلام جيدها ورد بها سواء به تبيين ان الجودة عند المقابلة بحسبها لا قيمة لها شرعاً فلا يظهر الفضل والخوم معتبرة بأصولها فان تجانس الاصلان تجانس اللحمان فتراعى فيه المماثلة ولا يجوز الا متساويا وان اختلف الاصلان اختلف اللحمان فيجوز بيع أحدهما بالآخر متساوياً ومتفاضلاً بعد ان يكون يدايد ولا يجوز نسيئة لوجود أحد وصفي علة بالفضل وهو الوزن اذا عرف هذا فنقول لحوم الابل كلها على اختلاف أنواعها من لحوم العرب والبخاى والهجين وذى السنامين وذى سنام واحد جنس واحد لان الابل كلها جنس واحد فكذلك لحومها وكذا لحوم البقر والجواميس كلها جنس واحد ولحوم النعم من الضأن والنمجة والمز والتيس جنس واحد اعتباراً بالأصول وهذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله اللحوم كلها جنس واحد اتحدت أصولها أو اختلفت حتى لا يجوز بيع لحم الابل بالبقر والبقر بالغنم متفاضلاً (وجه) قوله ان اللحمين استويا لا سوا ومنفعة وهي التغذى والتقوى فانحد الجنس فلزم اعتبار المماثلة في بيع بعضها ببعض (ولنا) ان أصول هذه اللحوم مختلفة الجنس فكذلك اللحوم لانها فرع تلك الأصول واختلاف الاصل يوجب اختلاف الفرع قوله الاسم شامل والمقصود متحد قلنا المعنى في اتحاد الجنس اتحاد المقصود الخاص لا العام ألا ترى ان المطعومات كلها في معنى الطعم متحدة ثم لا يجعل كلها جنساً واحداً كالحنطة مع الشعير ونحو ذلك حتى يجوز بيع أحدهما بالآخر متفاضلاً مع اتحادهما في معنى الطعم لكن لما كان ذلك معنى عام لم يوجب اتحاد الجنس كذا هذا وروى عن أبى يوسف انه يجوز بيع الطير ببعضه ببعض متفاضلاً وان كان من جنس واحد لانه لا يوزن عادة وعلى هذا الباب هذه الحيوانات حكمها حكم أصولها عند الاتحاد والاختلاف لانها متفرعة من الأصول فكانت معتبرة بأصولها وكذا دخل الدقل مع خل العنب جنسان مختلفان اعتباراً بأصلهما واللحم مع الشحم جنسان مختلفان لاختلاف الاسم والمنافع وكذا مع الالية والالية مع الشحم جنسان مختلفان لما قلنا وشحم البطن مع شحم الظهر جنسان مختلفان وكذا مع الالية بمنزلة اللحم مع شحم البطن والالية لانه لحم سمين وصوف الشاة مع شعر المزم جنسان مختلفان لاختلاف الاسم والمنفعة وكذا غزل الصوف مع غزل الشعر والقطن مع الكتان جنسان مختلفان وكذا غزل القطن مع غزل الكتان ولا يجوز بيع غزل القطن بالقطن متساوياً لان القطن ينقص بالغزل فلا يجوز بيع أحدهما بالآخر كبس الدقيق بالحنطة (وأما) الحيوان مع اللحم فان اختلف الاصلان فهما جنسان مختلفان كالشاة الحية مع لحم الابل والبقر فيجوز بيع البعض ببعض بحاجزة قد انسيئة لانعدام الوزن والجنس فلا يتحقق الربا أصلاً وان اتفقا كالشاة الحية مع لحم الشاة من مشايخنا من اعتبرهما جنسين مختلفين وبنوا عليه جواز بيع لحم الشاة بالشاة الحية بحاجزة عند أبى حنيفة وأبى يوسف وعللوا بها بانها باع الجنس بخلاف الجنس (ومهم) من اعتبرهما جنساً واحداً أو بنوا مذهبهم على أن الشاة ليست بموزونة وجريان بالفضل يستمد اجتماع الوصفين الجنس مع القدر فيجوز بيع أحدهما بالآخر بحاجزة ومفاضلة بعد أن يكون يدايد وهو الصحيح على ما عرف في الخلافات وقال محمد لا يجوز الا على وجه الاعتبار على أن يكون وزن اللحم الخالص أكثر من اللحم الذى في الشاة الحية والحزروالظن فيكون اللحم بازاء اللحم والزيادة بازاء اخلاف الجنس من الاطراف والسقط من الراس والا كارع والجلد والشحم فان كان اللحم الخالص مثل قدر اللحم الذى في الشاة الحية أو أقل أو لا يدري لا يجوز وعلى هذا الخلاف اذا باع الشاة الحية بشحم الشاة أو باليتها وهذا مذهب أصحابنا وقال الشافعي رحمه الله اللحوم كلها جنس واحد فلا يجوز بيع اللحم بالحيوان كيف ما كان سواء اتفق الاصلان أو اختلفا باع بحاجزة أو على طريق الاعتبار وأجمعوا على انه لا يجوز بيع الشاة بلحم الشاة لوجود الجنس المحرم للنساء لان اللحم الخالص من جنس اللحم الذى في الشاة

وأجمعوا على أنه لا يجوز بيع دهن السمسم بالسمسم الا على طريق الاعتبار وهو أن يكون الدهن الخالص اكثر من الدهن الذي في السمسم حتى يكون الدهن بزاء الدهن والزائد بزاء خلاف جنسه وهو الكسب وكذلك دهن الجوز بلب الجوز (وأما) دهن الجوز بالجوز فقد اختلف المشايخ فيه قال بعضهم يجوز مجازفة وقال بعضهم لا يجوز الا على طريق الاعتبار وأجمعوا على ان يبيع النصال بالحديد غير المصنوع جائز مجازفة بعد أن يكون يدأبداً أما الكلام مع الشافعي رحمه الله فهو بغير مذهب على اصل له ذكرناه غير مرة وهو ان حرمة بيع ما كحل بجنسه هو العزيمة والجواز عند التساوي في المعيار الشرعي رخصة ولا يعرف التساوي بين اللحم الخالص وبين اللحم الذي في الشاة فيبقى على اصل الحرمة وقد ابطالنا هذا الاصل في عدة ارباب (وأما) الكلام مع أصحابنا (فوجه) قول محمد رحمه الله أن في تجويز المجازفة هنا احتمالان ارباب فوجب التحرز عنه ما أمكن وأمكن بمراعاة طريق الاعتبار فلزم مراعاته قياساً على بيع الدهن بالسمسم والدليل على أن فيه الربا أن اللحم موزون فيحتمل أن يكون اللحم المنزوع أقل من اللحم الذي في الشاة وزناً فيكون شيء من اللحم مع السقط زيادة ويحتمل أن يكون مثله في الوزن فيكون السقط زيادة فوجب مراعاة طريق الاعتبار تحرزاً عن الربا عند الامكان ولهذا لم يجز بيع الدهن بالسمسم والزيت بالزيتون الا على طريق الاعتبار كذا هذا ولهذا قلنا ان هذا بيع الموزون باليس بموزون بدأبديفجوز مجازفة ومفاضلة استدللاً لا ببيع الحديد الغير المصنوع بالنصال مجازفة ومفاضلة بدأبديفجوز مجازفة ومفاضلة استدللاً لا فالحم الذي في الشاة ليس بموزون لان الموزون ماله طريق الى معرفة مقدار ثقله ولا طريق الى معرفة ثقل اللحم الذي في الشاة لان الطريق اما أن يكون الوزن بالقياس واما أن يكون الاستدلال بالتجربة واما أن يكون بالحرز والتخمين من غير تفاوت فاحش وشئ من ذلك لا يصلح طريقاً لمعرفة مقدار اللحم الذي في الشاة (أما) الوزن بالقياس فلان الشاة لا توزن بالقياس عرفاً ولا عادة ولو صلح الوزن طريقاً لوزن لان امكان الوزن ثابت والحاجة الى معرفة مقدار اللحم الذي فيها ماسة حتى يتعرف المشتري ذلك بالجس والمس باليد والرفع من الارض ونحو ذلك ولان الحمي يتقل بنفسه مرة ويخف أخرى فيختلف وزنه فدل أن الوزن لا يصلح طريقاً لمعرفة (وأما) التجربة فان ذلك بالذبح ووزن المذبح ليعرف اللحم الذي كان فيها عند القصد بطريق الظهور لا يمكن لان الشاة تحتمل الزيادة والنقصان والسمن والمزال ساعة فساعة فلا يعرف به مقدار ثقله حالة البعد بالتجربة (وأما) الحرز والظن فانه لا حزر لمن لا بصارة له في هذا الباب بل يخطئ لا محالة ومن له بصارة يغلط أيضاً ظاهراً وغالباً ويظهر تفاوت فاحش فدل أنه لا طريق لمعرفة اللحم الذي في الشاة الحية فلم يكن موزوناً فلا يكون محلاً للفضل بخلاف بيع دهن السمسم بالسمسم لان ذلك بيع الموزون بالموزون لانه يمكن معرفة مقدار الدهن في السمسم بالتجربة بان يوزن قدر من السمسم فيستخرج دهنه فيظهر وزن دهنه الذي في الجملة بالقياس عليه أو يعصر الجملة فيظهر قدر الدهن الذي كان فيها حالة العقد أو يعرف بالحرز والتخمين انه كم يخرج من الدهن من هذا القدر من غير تفاوت فاحش يلحق الضرر باحد العاقلين فكان ذلك بيع الموزون بالموزون مجازفة فلم يحز لا احتمال الربا والله سبحانه وتعالى أعلم ولو باع شاة مذبوحة غير مسلوخة بلحم شاة لا يجوز الا على طريق الاعتبار بالاجماع لان اللحم الذي في الشاة المذبوحة موزون فقد باع الموزون بجنسه وبخلاف جنسه فبراعى فيه طريق الاعتبار بخلاف اللحم الذي في الشاة الحية فانه غير موزون لما قلنا فلم يتحقق الربا في المجازفة فيه ولو باع شاة حية بشاة مذبوحة غير مسلوخة مجازفة جاز بالاجماع اما عندهما فظاهر لانه باع الموزون بما ليس بموزون فلا يتحقق الربا كما لو باع شاة حية بلحم الشاة وأما عند محمد فلا يلزم اللحم يقابل اللحم وزيادة اللحم في احدهما مع بنقطها يكون بمقابلة سقط الاخرى فلا يتحقق الربا وكذلك لو باع شاتين حيتين بشاة واحدة مذبوحة غير مسلوخة جاز بالاجماع على اختلاف الاصليين ولو باع شاتين مذبوحتين غير مسلوختين بشاة واحدة مذبوحة غير مسلوخة يجوز ويكون اللحم بمقابلة اللحم وزيادة اللحم في احدهما الجانبيين مع السقط يكون بمقابلة سقط

الآخرى ولو باع شاتين مذبوختين مسلوختين بشاة واحدة مذبوحة غير مسلوخة يجوز ويقابل اللحم باللحم ومقابلة اللحم من المسلوختين بمقابلة سقط الأخرى ولو باع شاتين مذبوختين غير مسلوختين بشاة مذبوحة مسلوخة لا يجوز لأن زيادة اللحم من غير المسلوختين مع السقط لا يقابله عوض فيكون ربا ولو باع شاتين مسلوختين بشاة مسلوخة لا يجوز لأنهما مالان جمعهما الوزن فلا يجوز بيع أحدهما بالأخرى مفاضلة ومجازفة حتى لو كانا مستويين في الوزن يجوز إذا بيع ولا يجوز بيع الزيت بالزيتون ودهن الكتان بالكتان والعصير بالعنب والسمن بلبن فيه سمن والصوف بشاة على ظهرها صوف واللبن بحيوان في ضرعه لبن من جنسه والتمر بارض ونخل عليه تمر والخنطة بارض فيها زرع قد أدرك ونحو ذلك من أموال الرابح يكون المقردا أكثر من المجموع ليكون المثل بالمثل والزيادة بمقابلة خلاف الجنس وسند ذكر أجناس هذه المسائل في مواضعها إن شاء الله تعالى هذا إذا قوبل بدل من جنس ببدل من جنسه أو ببدلين من جنسه أو من خلاف جنسه فاما إذا قوبل بدل من جنسين مختلفين ببدل من جنسين مختلفين فان كان من غير أموال الرابح فلا شك أنه يجوز وتقسيم الأبدال من أحد الجانبين بالأبدال من الجانب الآخر قسمة توزيع وإشاعة من حيث التقويم وإن كان من أموال الرابح يجوز أيضاً عند أصحابنا الثلاثة ويصرف الجنس إلى خلاف الجنس فيقسم قسمة تصحيح لا قسمة إشاعة وتوزيع وعند زفر والشافعي لا يجوز ويقسم قسمة توزيع وإشاعة من حيث القيمة كما في غير أموال الرابح وبيان ذلك في مسائل الأبايع كحنطنة وكشعير بكرى حنطنة وكبرى شعير جاز عند علمائنا الثلاثة وتصرف الحنطة إلى الشعير والشعير إلى الحنطة وعندهما لا يجوز وكذلك الأبايع درهما ودينار بدرهمين ودينارين ويصرف الدرهم إلى الدينارين والدينار إلى الدرهمين (وجه) قول زفر والشافعي أن هذا بيع رباً فلا يجوز كبيع الدرهم بالدرهمين والدينار بالدينارين ودلالة الوصف أنه قابل بالجملة بالجملة مطلقاً ومقابلة الجملة بالجملة يقتضي انقسام كل بدل من أحد الجانبين بجميع الأبدال من الجانب الآخر على سبيل الشيوع من حيث القيمة إذا كانت الأبدال مختلفة القيم استدلالاً بسائر البياعات في غير أموال الرابح فإنه إذا باع عبداً وجارية بفرس وثوب وقيمتها مختلفة يقسم العبد على قيمة الفرس والثوب وكذلك الجارية حتى لو وجدوا أحدهما من الجملة عيابه بفرس بمحصته من البدلين وكذلك الواستحق واحد منهما يرد بمحصته من البدلين على البائع وكذلك لو كان أحد البدلين داراً فالشفع يأخذها بمحصته من البدلين فكان التقسيم على الوجه الذي قلناه هو الموجب الأصلي في البياعات كلها والقسام على هذا الوجه في أموال الرابح يتحقق الرابح لأنه يصير بائعاً كحنطنة وكبرى شعير بكرى شعير وبكرى حنطنة فيتحقق الرابح على أنه لم يتحقق الرابح فيه احتمال الرابح لأنه مفسد للعقد كبيع الصبرة بالصبرة مجازفة (ولنا) عمومات البيع من غير فصل فمن ادعى التخصيص فعليه الدليل ولأن المتعاقدين أطلقا مقابلة الجملة بالجملة والمطلق يتعرض للذات لا للصفات والجهات فلا يكون مقابلة الجنس بالجنس عينا ولا مقابلة الجنس بخلاف الجنس عينا فلا يتحقق الرابح لأنه اسم لفضل مال في مقابلة الجنس بالجنس عينا ولم يوجد أو تقول مطلق المقابلة تحتل مقابلة الجنس بالجنس على سبيل الشيوع من حيث القيمة كما قلتم وتحتل مقابلة الجنس بخلاف الجنس لأن كل ذلك مقابلة الجملة بالجملة إلا أنالو حملناه على الأول ففسد العقد ولو حملناه على الثاني لصح فالحمل على ما فيه الصحة أولى وقوله موجب البيع المطلق المشتمل على أبدال من الجانبين انقسام كل بدل من أحد الجانبين على جميع الأبدال من الجانب الآخر على الشيوع من حيث التقويم قلنا ممنوع لأن هذا موجب العقد المطلق في موضع في مسائل البياعات في غير أموال الرابح ما ثبت الاقسام موجبه بل بحكم المعاوضة والمساواة في الأبدال لأنهما لما أطلقا البيع وهو يشتمل على أبدال من الجانبين من غير تعيين مقابلة البعض ببعض وليس البعض بأولى من البعض في التمين فلزم القول بالإشاعة والتقسيم من حيث القيمة حكماً للمعاوضة والمساواة وعند تحقق الضرورة وهي ضرورة الرد بالعيب بالإشاعة والرجوع عند الاستحقاق ونحو ذلك فلا يثبت الاقسام عند القيمة قبل تحقق الضرورة على

ما عرف وقوله فيه احتمال الر باقلنا احتمال الر باهنا يوجب فساد العقد عندما يبله الجنس بالجنس عينا كما في بيع الصبرة بالصبرة لا على الإطلاق لأن عندما يبله الجنس بالجنس يلزم رعاية المماثلة المشروطة ولم توجد ههنا فلا توجب الفساد وعلى هذا إذا باع ديناراً بدرهمين ودينارين أنه يجوز عندنا أن يكون الدينار بالدرهمين والدرهمان بالدينارين وكذا إذا باع درهمين ودينارين ودينارين ودرهمين يجوز عندنا أن يجعل الدرهمان بالدينارين والدينار بالدرهم وكذا إذا باع عشرة دراهم بمائة درهم ودينارين جاز عندنا أن تكون الخمسة بمائة الخمسة والخمسة الأخرى بمائة الدينار وكذلك إذا باع أحد عشر درهما بعشرة دراهم ودينارين جاز عندنا وكانت العشرة بمثلها ودينارين بدرهم وكذلك قال أبو حنيفة عليه الرحمة أنه إذا باع مائة درهم ودينارين بألف درهم يجوز ولا بأس به وتكون المائة بمائة والمائة والتسعمائة بمائة الدينار فلا يتحقق الربا وكذا روى عن محمد أنه قال إذا باع الدرهم بالدرهم في أحدهما فضل من حيث الوزن وفي الجانب الذي لا فضل فيه فلوس فهو جائز في الحكم ولكني أكرهه فقيل كيف تجده في قبلك قال أجده مثل الجبل والحاصل أنه ينظر إلى ما يقابل الزيادة من حيث الوزن من خلاف الجنس أن بلغت قيمته قيمة الزيادة أو كانت أقل منها مما يتغابن الناس فيه عادة جاز البيع من غير كراهة وإن كانت شيئاً قليل القيمة كفلس وجوزة ونحو ذلك يجوز مع الكراهة وإن كان شيئاً لا قيمة له أصلاً ككف من تراب ونحوه لا يجوز البيع أصلاً لأن الزيادة لا يقابلها عوض فيتحقق الربا

فصل في وأما شرائط جريان الربا (فنها) أن يكون البدل من معصومين فإن كان أحدهما غير معصوم لا يتحقق الر باعتدنا وعند أبي يوسف هذا ليس بشرط ويتحقق الر باو على هذا الأصل يخرج ما إذا دخل مسلم دار الحرب تاجر أبيع حر بيادرهم بدرهمين أو غير ذلك من سائر البيوع الفاسدة في حكم الإسلام أنه يجوز عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف لا يجوز وعلى هذا الخلاف المسلم الأسير في دار الحرب أو الحر الذي أسلم هناك ولم يهاجر إلينا فبايع أحداً من أهل الحرب (وجه) قول أبي يوسف أن حرمة الر با كما هي ثابتة في حق المسالمين فهي ثابتة في حق الكفار لأنهم مخاطبون بالحرمات في الصحيح من الأقوال فاشتراطه في البيع يوجب فساداً كما إذا باع المسلم الحربي المستأمن في دار الإسلام (ولهما) أن مال الحربي ليس بمعصوم بل هو مباح في نفسه إلا أن المسلم المستأمن منع من تملكه من غير رضاه لما فيه من العذر والخيانة فإذا بدله باختياره ورضاه فقد زال هذا المعنى فكان الأخذ باستيلاء على مال مباح غير مملوك وأنه مشروع مفيد للملك كالأستيلاء على الخطب والحشيش وبه تبين أن العقد ههنا ليس بملك بل هو تحصيل شرط التملك وهو الرضا لأن ملك الحربي لا يزول بدونه وما لم يزل ملكه لا يقع الأخذ بملكه كالكسنة إذا زال فالملك للمسلم ثبت بالأخذ والاستيلاء لا بالعقد فلا يتحقق الر بالان الر باسم لفضل يستفاد بالعقد بخلاف المسلم إذا باع حر بيادره في دار الإسلام بأمان لأنه استفاد العصمة بدخوله دار الإسلام بأمان والمال المعصوم لا يكون محلاً للاستيلاء فتعين التملك فيه بالعقد وشرط الر با في العقد مفسد وكذلك الذي إذا دخل دار الحرب فباع حر بيادرهم بدرهمين أو غير ذلك من البيوع الفاسدة في الإسلام فهو على هذا الخلاف الذي ذكرنا لأن ما جاز من بيع المسالمين جاز من بيع أهل الذمة وما يبطل أو يفسد من بيع المسالمين يبطل أو يفسد من بيعهم إلا الخمر والخنزير على ما نذكر أن شاء الله تعالى (ومنها) أن يكون البدل من متقومين شرعاً وهو أن يكونا مضمونين حقاً للعبد فإن كان أحدهما غير مضمون حقاً للعبد لا يجزى فيه الر با وعلى هذا الأصل يخرج ما إذا دخل المسلم دار الحرب فباع رجلاً أسلم في دار الحرب ولم يهاجر إلينا بدرهمين أو غير ذلك من البيوع الفاسدة في دار الإسلام أنه يجوز عند أبي حنيفة وعندهما لا يجوز لأن العصمة وإن كانت ثابتة فالقوم ليس بثابت عنده حتى لا يضمن نفسه بالقصاص ولا بالدية عنده وكذا ماله لا يضمن بالاتلاف لأنه تابع للنفس وعندهما نفسه وماله معصومان متقومان والمسئلة تأتي في كتاب السير ولودخل مسلمان دار الحرب فباعا بدرهمين أو غيره من البيوع الفاسدة في دار الإسلام

لا يجوز لان مال كل واحد منهما معصوم متقوم فكان التملك بالعقد فيفسد بالشرط الفاسد ولو أسلم الحر بنى الذي بايع المسلم ودخل دار الاسلام أو أسلم أهل الدار فسا كان من ربا مقبوض أو بيع فاسد مقبوض فهو جائز ماض وما كان غير مقبوض يبطل لقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله واذروا ما بقى من الربا ان كنتم مؤمنين أمرهم سبحانه وتعالى بترك ما بقى من الربا والامر بترك ما بقى من الربا نهى عن قبضه فكأنه تعالى قال اتركوا قبضه فيقتضى حرمة القبض وروى عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال كل ربا فى الجاهلية فهو موضوع تحت قدمي والوضع عبارة عن الخط والسقاط وذلك فيما لم يقبض ولان بالاسلام حرم ابتداء العقد فكذا القبض بحكم العقد لانه تقر بالعقد وتأكيده فيشبه العقد فيلحق به اذ هو عقد من وجه فيلحق بالتأبى من كل وجه فى باب الحرمان احتياطا ومتى حرم القبض لم يكن فى بقاء العقد فائدة (ومنها) أن لا يكون البدل ان ملكا لا احد المتبايعين فان كان لا يجزى الربا وعلى هذا يخرج العبد المأذون اذا باع مولاه درهما بدرهمين وليس عليه دين انه يجوز لانه اذا لم يكن عليه دين ففى يده لمولاه فكان البدل ان ملك المولى فلا يكون هذا بيعا فلا يتحقق الربا اذ هو مختص بالبياعات وكذلك المتعاضدان اذا تبايعا درهما بدرهمين يجوز لان البدل من كل واحد منهما مشترك بينهما فكان مبادلة ماله بماله فلا يكون بيعا ولا مبادلة حقيقة وكذلك الشريك ان كان شركا العنان اذا تبايعا درهما بدرهمين من مال الشركة جاز لما قلنا ولو تبايعا من غير مال الشركة لا يجوز لانهما فى غير مال الشركة أجنبيان ولو كان على العبد المأذون دين فباعه مولاه درهما بدرهمين لا يجوز بالاجماع (أما) عند أبى حنيفة رحمه الله فظاهر لان المولى لا يملك كسب عبده المأذون المديون عنده فلم يجتمع البدل ان ملك واحد وعندهما وان كان يملك لكن ملكا محجورا عن التصرف فيه لتعلق حق الغرماء به فكان المولى كالا جنى عنه وكذلك المولى اذا عاقده مكاتبه عقد الربا لم يجز لان المكاتب فى حق الاكتساب ملحق بالحرار لا تقطع تصرف المولى عنها فأنشبه الاجانب (وأما) اسلام المتبايعين فليس بشرط لجرى ان الربا فى جري الربا بين أهل الذمة وبين المسلم والذى لان حرمة الربا ثابتة فى حقهم لان الكفار مخاطبون بشرائعهم حرمان ان لم يكونوا مخاطبين بشرائعهم عبادات عندنا قال الله تعالى وأخذهم الربا وقد نهوا عنه وأكلهم أموال الناس بالباطل وروى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب الى مجوس هجر إمام أن تذكروا الربا أو تأذوا بحرب من الله ورسوله وهذا فى نهاية الوعيد فيدل على نهاية الحرمة والله سبحانه وتعالى أعلم (ومنها) الخلو عن احتمال الربا فلا تجوز المجازفة فى أموال الربا بعضها ببعض لان حقيقة الربا كما هى مفسدة للعقد فاحتمال الربا مفسدة له أيضا لقول عبد الله بن مسعود رضى الله عنه ما جمع الحلال والحرام فى شيء الا وقد غلب الحرام الحلال والا صل فيه ان كلما جازت فيه المقاضلة جاز فيه المجازفة وما لا فلا لان التماثل والخلو عن الربا فيما يجزى فيه الربا لما كان شرط الصحة فلا يعلم تحقيق المماثلة المجازفة فيقع الشك فى وجود شرط الصحة فلا تثبت الصحة على الاصل المعهود فى الحكم المعلق على شرط اذا وقع الشك فى وجود شرطه انه لا يثبت لان غير الثابت بيقين لا يثبت بالشك كما ان الثابت بيقين لا يزول بالشك وبيان هذا الاصل فى مسائل اذا تبايعا حنطة بحنطة مجازفة فان لم يعلم كيلهما أو علم أحدهما دون الآخر أو علم كيل أحدهما دون الآخر أو علم كيل أحدهما دون الآخر لا يجوز لما قلنا وان علم استواءهما فى الكيل فان علم فى المجلس جاز البيع لان المجلس وان طال فله حكم حالة العقد فكأنه عند العقد وان علم بعد الافتراق لم يجز وقال زفر بجوز علم قبل الافتراق أو بعده (وجه) قوله ان الحاجة الى الكيل عند العقد لتحقيق المساواة المشروطة وقد تبين انها كانت ثابتة عنده (ولنا) ان علم المتعاقدين بالمساواة عند العقد شرط الصحة ولم يوجد والدليل على ان العلم عند العقد شرط الصحة ان الشرع ألزم رعاية المماثلة عند البيع بقوله عليه الصلاة والسلام الخنطة بالخنطة مثلاً بمثل أى يبيعوا الخنطة بالخنطة مثلاً بمثل أمر المتبايعين بالبيع بصفة المماثلة فلا بد وأن تكون المماثلة معلومة لهما عند البيع لتمكنهما من رعاية هذا الشرط وكذا لو كان بين رجلين حنطة فاقسماها مجازفة لا يجوز لان القسمة فيها معنى المبادلة فيشبه البيع ولا يجوز البيع فيها مجازفة فكذا القسمة ولو تبايعا حنطة بحنطة

وزنا بوزن متساوي وفي الوزن لم يحجز لان الحنطة مكيالة والتساوي في الكيل شرط جواز البيع في المكيالات ولا تعلم المساواة بينهما في الكيل فكان بيع الحنطة بالحنطة مجازفة وروى عن أبي يوسف رحمه الله انه اذا غلب استعمال الوزن فيها تصير وزنية ويعتبر التساوي فيها بالوزن وان كانت في الاصل كيلة وعلى هذا تخرج المزبنة والمحاولة انهما لا يحوزان لان المزبنة بيع التمر على رؤس النخل بمثل كيله من التمر خرصا لا يدري أيهما أكثر والزيب بالعنب لا يدري أيهما أكثر والمحاولة بيع الحب في السنبل بمثل كيله من الحنطة خرصا لا يدري أيهما أكثر فكان هذا بيع مال الر با مجازفة لانه لا تعرف المساواة بينهما في الكيل وقد روى عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع المزبنة والمحاولة وفسر محمد رحمه الله المزبنة والمحاولة في الموطأ بما قلنا وهو كان اماما في اللغة كما كان اماما في الشريعة وقال كذلك الجواب اذا كان أكثر من خمسة أو سق فأما مادون خمسة أو سق فلا بأس به لما روى أبو هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رخص في بيع العرايا بالتمر فيما دون خمسة أو سق فقد رخص رسول الله صلى الله عليه وسلم من جملة ما حرّم من المزبنة مادون خمسة والمريض من جملة ما حرّم يكون مباحا وتفسير العربية عندنا ما ذكره مالك بن انس في الموطأ رضي الله عنه وهو أن يكون لرجل نخيل فيعطى رجلا منها ثمرة نخلة أو نخلتين يلقطهما ليعالهما ثم يثقل عليه دخوله حائطه فيسأله أن يتجاوز له عنها على أن يعطيه بمكيلتها تمر عند اصرام النخل وذلك مالا بأس به عندنا لانه لا يبيع هناك بل التمر كله لصاحب النخل فان شاء سلم له تمر النخل وان شاء أعطاه بمكيلتها من التمر الا انه سماه الراوي بيعا للتصوره بصور البيع لأن يكون بيعا حقيقة بل هو عطية لا ترى انه لم يملكه المعري لانه لا نعدم القبض فكيف يجعل بيعا ولا نه لوجعل بيعا لكان بيع التمر بالتمر الى أجل وانه لا يحوز بلا خلاف دل أن العربية المرخص فيها ليست ببيع حقيقة بل هي عطية ولان العربية هي العطية لغة قال حسان بن ثابت رضي الله عنه

ليست بسنهاء ولا رجبية * ولكن عرايا في السنين الجوائح

ولو اشترى بكر من تمر نخلا عليها تمر وسمى التمر اود كر كل قليل وكثير هو منه حتى دخل في البيع براعى في جوازه طريق الاعتبار وهو أن يكون كيل التمر أكثر من كيل التمر ليكون التمر بمثله والزيادة بازاء النخل فان كان أقل لا يحوز لان التمر يكون بمثل كيله وزيادة التمر مع النخل تكون زيادة لا يقابلها عوض فيكون ربا وكذا اذا كان مثله لان النخل يكون فضلا لا يقابلها عوض في عقد المعاوضة وكذا اذا كان لا يدري عندنا خلافا لفر وسند كالمسئلة ان شاء الله تعالى ثم انما يحوز على طريق الاعتبار اذا كان التمر نقدا فان كان نسيئة لم يحجز لتحقيق ربا بالنساء هذا اذا كان تمر النخل بسرا أو رطبا أو تمر اياهما عند العقد فان كان كفري جاز البيع كيف ما كان من غير شرط الاعتبار لانه بيع الكفري بالتمر وانه جائز كيف ما كان ولو لم يكن التمر موجودا عند العقد ثم أتم النخل قبل القبض كرا أو أكثر من الكرا يفسد البيع بخلاف ما اذا كان التمر موجودا عند العقد ثم أتم النخل قبل القبض فباعه مع النخل بالتمر وكيل التمر مثل كيل تمر النخل أو أقل حيث يفسد البيع لان العاقدين أدخلوا الباقي العقد لانهما قابلا للثمن بكل المبيع فاقسم الثمن عليهما وبعض المبيع مال الر با فدخل الر با في العقد باشتراطهما واشتراط الر با في العقد مفسده وههنا البيع كان محييا في الاصل لان الثمن خلاف جنس المبيع اذ المبيع هو النخل وحده الا انه اذا زاد فقد صار مبيعا في حال البقاء لا بصنعهما فبقى البيع محييا والزيادة ملك المشتري وينقسم الثمن على قيمة النخل وقيمة الزيادة لكن تعتبر قيمة النخل وقت العقد وقيمة الزيادة وقت القبض فيطبخ به من التمر قدر حصته من الثمن لانه فضل له ذلك القدر ببدل ولا يطبخ به الفضل ويتصدق به لانه ربح ما لم يضمن ولو قضى الثمن من التمر الحادث ينظر ان قضاء منه قبل القبض فقضاءه باطل لان القضاء منه تصرف في المبيع قبل القبض وانه لا يحوز وجعل كأنه لم يقبض حتى لو هلك الثمن في يد البائع بأفة سهاوية لا يسقط شيء من الثمن وان أكله البائع تسقط حصته من الثمن وان كان المشتري قبض الثمن ثم قضى منه جاز

الفضاء لانه تصرف في المبيع بعد القبض وانه جائز وعليه أن يتصدق بما زاد على حصته من الثمن والله سبحانه وتعالى أعلم وعلى هذا بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة والقيمة فيهما مجازفة ولو تباعا حنطة بشعير او ذهابا بفضة مجازفة جازلان المماثلة في بيع الجنس بخلاف الجنس غير مشروطة ولهذا جازت المقاضلة فيه فالمجازفة أولى وكذلك القيمة وعلى هذا يخرج بيع الموزون بجنسه وغير جنسه كما اذا اشترى فضة مع غيرها بفضة مفردة بأن اشترى سيفاً محلي بفضة مفردة أو منطقة مفضضة أو لجاماً أو سرجاً أو سكيناً مفضضاً أو جارية في عنقها طوق من فضة أو واشترى ذهباً وغيره بذهب مفرد كما اذا اشترى ثوباً منسوجاً بالذهب بذهب مفرد أو جارية مع حليتها وحليها ذهب بذهب مفرد ونحو ذلك انه لا يجوز مجازفة عندنا بل يراعى فيه طريق الاعتبار وهو أن يكون وزن الفضة المفردة أو الذهب المفرد أكثر من المجموع مع غيره ليكون قدر وزن المفرد بمثله من المجموع والزيادة بخلاف جنسه فلا يتحقق الربا فان كان وزن المفرد أقل من وزن المجموع لم يجز لان زيادة وزن المجموع مع خلاف الجنس لا يقابلها عوض في عقد البيع فيكون ربا وكذلك اذا كان مثله في الوزن لانه يكون الفضة بمثلها والذهب بمثله فالفضل يكون ربا وان كان من خلاف جنسه وكذلك اذا كان لا يعلم وزنه انه أكثر أو مثله أو أقل أو اختلف أهل النظر فيه فقال بعضهم الثمن أكثر وقال بعضهم هو مثله لا يجوز عندنا وعند زفر بنحو (وجه) قوله ان الاصل في البيع جوازه والفساد بعارض الربا وفي وجوده شك فلا يثبت الفساد بالشك لان جهة الفساد في هذا العقد أكثر من جهة الجواز لان وزن المفرد لو كان أقل يفسد وكذلك لو كان مثله ولو كان أكثر يجوز فخاز من وجه وفسد من وجهين فكانت الغلبة لجهة الفساد والحكم للغالب ثم اذا كان وزن المفرد أكثر حتى جاز البيع فيجتمع في هذا العقد صرف وهو بيع الفضة بالفضة أو الذهب بالذهب وبيع مطلق وهو بيع الذهب أو الفضة بخلاف جنسها فيراعى في الصرف شرائطه وسنذكر شرائط الصرف في موضعه ان شاء الله تعالى واذا فات شيء من الشرائط حتى فسد الصرف هل يتعدى الفساد الى البيع المطلق فيه تفصيل نذكره في موضعه ان شاء الله تعالى هذا اذا اشترى فضة مع غيرها بفضة مفردة أو ذهباً مع غيره بذهب مفرد فاما اذا اشترى ذهباً مع غيره بفضة مفردة أو فضة مع غيرها بذهب مفرد فالبيع جاز لان لا ربا عند اختلاف الجنس غير أنه يقسم المفرد على قيمة المجموع وقيمة ذلك الغير فما كان بمقابلة الذهب أو الفضة يكون صرفاً فيراعى فيه شرائط الصرف وما كان بمقابلة غيره يكون بيعاً مطلقاً على ما نذكره في بيان شرائط الصرف وعلى هذا الاصل يخرج بيع تراب معدن الفضة والذهب أمتاراً معدن الفضة فلا يخلو اما أن يكون باعه بفضة واما أن يكون باعه بغيرها فان باعه بفضة لم يجز لان البيع يقع على ما في التراب من الفضة لا على التراب لانه لا قيمة له والمماثلة بين الفضتين ليست بمعلومة فكان هذا البيع بيع الفضة بالفضة مجازفة فلا يجوز وان باعه بذهب جاز لان الربا لا يتحقق عند اختلاف الجنس ويراعى فيه شرائط الصرف ثم ينظر ان لم يخلص منه شيء تبين أن البيع كان فاسداً لانه تبين أنه باع ما ليس بمال فصار كما لو اشترى شخصاً على أنه عبد ثم تبين أنه حر أو اشترى شاة مسلوخة على أنها مذبوحة ثم تبين أنها ميتة فان خلس منه شيء فالامر ماض والمشتري بالخيار لانه اشترى شيئاً لم يره فاشبه ما لو اشترى ثوباً في سقط أو سمكة في جب ولو باعه بموضع جاز أيضاً لما قلنا ثم ينظر ان خلس منه شيء أو لم يخلص على ما ذكرنا ولو باعه بتراب معدن مثله من الفضة لم يجز لان البيع يقع على ما فيها من الفضة ولا يعلم تساويهما في الوزن فكان بيع الفضة بالفضة مجازفة ولو باعه بتراب معدن الذهب جاز لا بخلاف الجنس ويراعى فيه شرائط الصرف ثم ان لم يخلص منه شيء تبين أن البيع كان فاسداً لانه تبين أنه باع ما ليس بمال وكذا ان خلس من أحدهما ولم يخلص من الآخر لانه تبين أنه باع المال بما ليس بمال وان خلس من كل واحد منهما فالامر ماض ولهما خيار الرؤية لان كل واحد منهما مشتري لم يره وكذلك لو كان تراب معدن الفضة بين رجلين فاقسماه لم يجز لان القسمة فيها معنى البيع فلا يحتمل المجازفة كالبيع ولو باع منه فقيراً بغير عينه بذهب أو بعرض لم يجز لان المبيع ما في التراب من الفضة وانه

مجهول القدر لانه متفاوت منه فقير يخلص منه خمسة ومنه فقير يخلص منه عشرة فكان المبيع مجهولاً جهالة مفضية الى المنازعة بخلاف بيع الفقير من صبرة لان قفران الصبرة الواحدة متماثلة فلم يكن المبيع مجهولاً جهالة مفضية الى المنازعة ولو باع نصف جملة التراب أو ثلثها أو ربعها شأناً بذهب أو عرض جاز لان الجنس مختلف فلا يتحقق الربا الا اذا لم يخلص منه شيء فتبين أن البيع كان فاسداً لما قلنا وان يخلص منه شيء فيكون ما يخلص مشتركاً بينهما وله الخيار اذا رآه ولو استقرض تراب المعدن جاز وعلى المستقرض مثل ما يخلص منه وقبض لان القرض وقع على ما يخلص منه والقول قول القابض في قدر ما قبض وخلص ولو استأجره بنصف هذا التراب أو بثلثه أو بربعه يجوز ان يخلص منه شيء كما يجوز لو بيع منه شيء فتبين أن البيع كان فاسداً لما قلنا وان يخلص منه شيء فيكون أجره ما يخلص ولو استأجر أجيراً بتراب المعدن بعينه جازت الاجارة ان يخلص منه شيء لانه استأجره بمال والاجير بالخيار لانه أجر نفسه بما لم يره فان شاء رضى به ولا شيء له غيره وان شاء رده ورجع على المستأجر بأجر مثله بالغاً ما بلغ ولو استأجره بفقير من تراب بغير عينه لا يجوز الاجارة لان الاجرة ما في التراب من الفضة وأنه مجهول القدر ولهذا لم يحجز بيعه ويكون بينهما وله الخيار وان لم يخلص لا يجوز وله أجر مثله وعلى هذا حكم تراب معدن الذهب في جميع ما ذكرنا والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) تراب الصباغة فان كان فيه فضة خالصة فحكمه حكم تراب معدن الفضة وان كان فيه ذهب خالص فحكمه حكم تراب معدن الذهب وان كان فيه ذهب وفضة فان اشتراه بذهب أو فضة لم يحجز لاحتمال أن يكون ما فيه من الذهب أو الفضة أكثر أو أقل أو مثله فيتحقق الربا ولو اشتراه بذهب وفضة جاز لانه اشترى ذهباً وفضة نذهب وفضة فيجوز ويصرف الجنس الى خلاف الجنس ويراعى فيه شرائط الصرف ولو اشتراه بعرض جاز لانعدام احتمال الربا وهذا كله اذا خالص منه شيء فان لم يخلص تبين أن البيع كان فاسداً وعلى هذا الاصل يخرج بيع الدرام المفضوشة التي الغش فيها هو الغالب بفضة خالصة أنه لا يجوز الا على طريق الاعتبار وجملة الكلام فيه أن الدرام المضروبة اقسام ثلاثة اما أن تكون الفضة فيها هي الغالبة واما أن يكون الغش فيها هو الغالب واما أن يكون الفضة والغش فيها على السواء فان كانت الفضة فيها هي الغالبة بان كان ثلثها فضة وثلثها صفراً أو كانت ثلاثة أرباعها فضة وربعها صفراً ونحو ذلك فحكمها حكم الفضة الخالصة لا يجوز بيعها بالفضة الخالصة الا سواء سواء وكذا بيع بعضها ببعض لا يجوز الا مثلاً بمثل لان اعتبار الغالب والحاق المغلوب بالعدم هو الاصل في احكام الشرع ولان الدرام الجيدة لا تخلو عن قليل غش لان الفضة لا تنطبع بدونه على ما قيل فكان قليل الغش مما لا يمكن التحرز عنه فكانت العبرة للغلبة وان كان الغش فيها هو الغالب فان كانت الفضة لا تخلص بالذوب والسبك بل تحترق ويبقى النحاس فحكمها حكم النحاس الخالص لان الفضة فيها اذا كانت مستهلكة كانت ملحقة بالعدم فيعتبر كله نحاساً لا يباع بالنحاس الا سواء بسواء يدا بيد وان كانت تخلص من النحاس ولا تحترق ويبقى النحاس على حاله أيضاً فانه يعتبر فيه كل واحد منهما على حاله ولا يجعل أحدهما تبعاً للآخر كأنهما منفصلان ممتازان أحدهما عن صاحبه لانه اذا أمكن تخليص أحدهما من صاحبه على وجه يبقى كل واحد منهما بعد الذوب والسبك لم يكن أحدهما مستهلكاً فلا يجوز بيعها بفضة خالصة الا على طريق الاعتبار وهو أن تكون الفضة الخالصة أكثر من الفضة المخلوطة يصرف الى الفضة المخلوطة مثلها من الفضة الخالصة والزيادة الى الغش كالمواضع بفضة خالصة فان كانت الفضة الخالصة أقل من المخلوطة لم يحجز لان زيادة الفضة المخلوطة مع الصفر يكون فضلاً خالياً من العوض في عقد المعاوضة فيكون ربا وكذا اذا كانت مثلها لان الصفر يكون فضلاً لا يقابله عوض وكذا اذا كان لا يدري قدر الفضةين أيهما أكثر أو هما سواء لا يجوز عندنا وعند زفر يجوز وقد ذكرنا المصحح فيما قبل وذكر في الجامع اذا كانت الدرام ثلثها صفراً وثلثها فضة ولا يقدر أن يخلص الفضة من الصفر ولا يدري اذا خلصت أبقى الصفر أم يحترق أنه يراعى في بيع هذه الدرام بفضة خالصة طريق الاعتبار ثم اذا كانت الفضة الخالصة أكثر حتى جاز البيع يكون هذا صفاً وبيعاً

مطلقاً فإرعى في الصرف شرائطه وإذا فسدت بفوات شرط منه يفسد البيع في الصفر لأنه لا يمكن تمييزه إلا بضرب وبيع
 ما لا يمكن تمييزه عن غيره إلا بضرب فاسد على ما ذكرنا ولو بيعت هذه الدراهم بذهب جازلان المانع هو الربا واختلاف
 الجنس يمنع تحقق الربا لكن إرعى فيه شرائط الصرف لأنه لا صرف وإذا فوات شرط منه حتى يفسد يفسد البيع في الصفر
 أيضاً لما قلنا ولو بيعت بجنسها من الدراهم المغشوشة جاز متساوياً ومتفاضلاً نص عليه محمد في الجامع ويصرف الجنس
 إلى خلاف الجنس كما لو باع فضة منفصلة وصفر منفصلاً بفضة وصفر منفصلين وقالوا في الستوة إذا بيع بعضها
 ببعض متفاضلاً أنه يجوز ويصرف الجنس إلى خلاف الجنس ومشايخنا لم يفتوا في ذلك إلا بالتحريم احترازاً عن فتح
 باب الربا وقالوا في الدراهم القطر فيمنه يجوز بيع واحد أو اثنين أو ثلاثة أو أربعة أو خمسة منها بدينار فضة لأن ما فيها من
 الفضة يكون بمثل وزنها من الفضة الخالصة وزيادة الفضة تكون بمقالة الصفر ولا يجوز بيع ستة منها بدينار فضة لأن
 الصفر الذي فيها يبقى فضلاً خالياً عن الموض في عقد المعاوضة فيكون ربا وكان الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل
 رحمه الله لا يفتي بجواز هذا وإن كانت الفضة والغش فيها سواء فلم يقطع محمد الجواب فيه في الجامع لكنه بناء على قول
 الصيارفة وحكى عنهم أنهم قالوا أن الفضة والصفر إذا خلطاً لا يتميز الفضة من الصفر حتى يحترق الصفر لانها لا يتميزان
 إلا بذهاب أحدهما والصفر أسرعهما ذهاباً فقال في هذه الدراهم أن كانت الفضة هي الغالبة أي على ما يقوله الصيارفة
 أن الصفر يتسارع إليه الاحتراق عند الذابة والسبك فلا يجوز بيعها بالفضة الخالصة ولا يبيع بعضها ببعض إلا سواء
 بسواء كيبيع الزئوف بالجياذ لأن الصفر إذا كان يتسارع إليه الاحتراق كان مغلولاً باستهلاكه فكان ملحوقاً بالعدم وإن لم
 يغلب أحدهما على الآخر بقي على السواء يعتبر كل واحد منهما على حياله كأنهما منفصلان وإرعى في بيعهما بالفضة
 الخالصة طريق الاعتبار كما في النوع الأول ويجوز بيع بعضها ببعض متساوياً ومتفاضلاً ويصرف الجنس إلى خلاف
 الجنس كما في النوع الأول والله سبحانه وتعالى أعلم وهل يجوز استقراض الدراهم المغشوشة عدداً (أما) النوع
 الأول وهو ما كانت فضته غالبية على غشه فلا يجوز استقراضه إلا وزناً لأن الغش إذا كان مغلولاً بفيه كان بمنزلة الدراهم
 الزائفة ولا يجوز بيع الدراهم الزائفة بعضها ببعض عدداً لأنها وزنية فلم يعتبر العدد فيها فكان يبيع بعضها ببعض مجازفة
 فلم يجوز فلا يجوز استقراضها أيضاً لأنها مبادلة حقيقة أو فيها شبهة المبادلة فيجب صياغتها عن الربا وعن شبهة الربا ولهذا
 لم يجوز استقراض الكيل وزناً لأن الوزن في الكيل غير معتبر فكان اقراضه مبادلة الشيء بمثله مجازفة أو شبهة المبادلة
 فلم يجوز كذا هذا وكذلك النوع الثالث وهو ما إذا كان نصفه فضة ونصفه صفر لأن الغلبة إذا كانت الفضة على اعتبار
 بقائها وذهاب الصفر في المآل على ما يقوله أهل الصنعة كان ملحوقاً بالدراهم الزئوف فلا يجوز استقراضه عدداً وإن
 كان لا يغلب أحدهما على الآخر ويقيان بعد السبك على حالهما كان كل واحد منهما أصلاً بنفسه فيعتبر كل واحد
 منهما على حياله فكان استقراض الفضة والصفر جملة عدداً وهذا لا يجوز لأن اعتبار الصفر أن كان يوجب الجواز
 لأن الفلوس عددي فاعتبار الفضة يمنع الجواز لأن الفضة وزنية فالحكم بالفساد عند تعارض حتى الجواز والفساد
 أحوط وأما النوع الثاني ما كان الغش فيه غالباً والفضة مغلوبة فانه ينظر أن كان الناس يتعاملون به وزناً لا عدداً
 لا يجوز استقراضه عدداً لأن العدد في الموزون باطل فكان استقراضه مبادلة الموزون بجنسه مجازفة أو شبهة المبادلة
 وأنه لا يجوز وإن كانوا يتعاملون به عدداً يجوز استقراضه عدداً لأنهم إذا تعاملوا به عدداً فقد أحقروا بالفلوس وجعلوا
 الفضة التي فيه تبعاً للصفر وأنه يمكن لأنها قليلة وقد يكون في الفلوس في الجملة قليل فضة فنثبت التبعية بدلالة التعامل
 ومثل هذه الدلالة لم توجد فيما إذا تعاملوا بها وزناً لا عدداً فبقيت وزنية فلا يجوز استقراضه عدداً وإن تعامل الناس بها
 عدداً لأن هناك لا يمكن جعل الفضة تبعاً للغش لأنها أكثر منه أو مثله والكثير لا يكون تبعاً للقليل ومثل هذا الشيء
 لا يكون تبعاً أيضاً فبقيت على الصفة الأصلية الثابتة لها شرعاً وهي كونها وزنية فلا يجوز استقراضها مجازفة كما لا يجوز
 بيع بعضها ببعض مجازفة وكذا الشراء بالدراهم المغشوشة من الأنواع الثلاثة عدداً حكمه حكم الاستقراض سواء

فلا يجوز الشراء بالنوع الاول والا وزناتها في حكم الجياد وانها وزنية فلم يحز الشراء بها الا وزناً اذا لم يكن مشار اليها وكذلك بالنوع الثالث لما ذكرنا في الاستقراض وأما النوع الثالث فالأمر فيه على التفصيل الذي ذكرناه في الاستقراض ان الناس ان كانوا يتبايعون بها وزناً لا عدد ولا يجوز لا حد أن يتبايع بها عدد الا ان الوزن صفة أصلية للدرهم وانما تصير عددية بتعامل الناس فان جرى التعامل بها وزناً لا عدد أقدمت الصفة الأصلية وبقيت وزنية فاذا اشترى بها عدد أعلى غير وزن والعدد هدر ولم توجد الاشارة فقد بقي الثمن مجهولاً جهالة مفضية الى المنازعة لانه لا يدري ما وزن هذا القدر من العدد المسمى فيوجب فساد العقد بخلاف ما اذا اشترى بها عدد أعلى غير وزن ولكن أشار اليها فيما يكتفي فيه بالاشارة حيث يجوز لا مقدار وزنها وان كان مجهولاً بعد الاشارة اليها لكن هذه جهالة لا تقضى الى المنازعة لانه يمكن معرفة مقدار المشار اليه بالوزن اذا كان قائماً فلا يمنع جواز العقد وان كانوا يتبايعون بها عدد أجاز لانها صارت عددية بتعامل الناس وصارت كالفلوس الرائجة هذا اذا اشترى بالانواع الثلاثة عدد أعلى وزن ولم يعينها فاما اذا عينا واشترى بها عرضاً بأن قال اشترى بهذا العرض بهذه الدراهم وأشار اليها فلا شك في جواز الشراء بها ولا تتعين بالاشارة اليها ولا يتعلق العقد بعينها حتى لو هلك قبل أن يتقدها المشتري لا يبطل البيع ويعطى مكانها مثلها من جنسها ونوعها وقدرها وصفتها (أما) النوع الاول فلانها بمنزلة الدراهم الجياد وانها لا تتعين بالاشارة اليها ولا يبطل البيع بهلا كما فكنا هذه (وأما) النوع الثاني فلان الصفة فيها ان كانت هي الغالبة على ما يقوله السباكون فهي في حكم النوع الاول وان لم يغلب أحدهما على الآخر يعتبر كل واحد منهما بحاله فلا يبطل البيع أيضاً لان اعتبار الفضة لا يوجب البطلان لانها لا تتعين واعتبار الصفر يوجب لانه يتعين فلا يبطل بالشك (وأما) النوع الثالث فلان الناس ان كانوا يتعاملون بها وزناً فهي وسائر الدراهم سواء فلا تتعين بالاشارة ويتعلق العقد بمثلها في الذمة لا بعينها فلا يبطل البيع بهلا كما وان كانوا يتعاملون بها عدد فهي بمنزلة الفلوس الرائجة وانها اذا قوبلت بخلاف جنسها في المعامضات لا تتعين ولا يتعلق العقد بعينها بل بمثلها عدد أو لا يبطل بهلا كما كذا هذا ولو كسد هذا النوع من الدراهم وصارت لا تروج بين الناس فهي بمنزلة الفلوس الكاسدة والسوق والرصاص حتى تتعين بالاشارة اليها ويتعلق العقد بعينها حتى يبطل العقد بهلا كما قبل القبض لانها صارت سلعة لكن قالوا هذا اذا كان العاقدان عالين بحال هذه ويعلم كل واحد منهما ان الآخر يعلم بذلك فاما اذا كانا لا يعلمان أو يعلم أحدهما ولم يعلم الآخر أو يعلمان لكن لا يعلم كل واحد منهما ان صاحبه يعلم فان العقد لا يتعلق بالمشار اليه ولا بجنسها وانما يتعلق بالدراهم الرائجة التي عليها تعامل الناس في تلك البلد هذا اذا صارت بحيث لا تروج أصلاً فاما اذا كانت يقبلها البعض دون البعض فحكمها حكم الدراهم الزائفة فيجوز الشراء بها ولا يتعلق العقد بعينها بل يتعلق بجنس تلك الدراهم الزيوف ان كان البائع يعلم بحالها خاصة لانه رضى بجنس الزيوف وان كان البائع لا يعلم لا يتعلق العقد بجنس المشار اليه وانما يتعلق بالجيد من نقد تلك البلد لانه لم يرض الا به اذا كان لا يعلم بحالها والله سبحانه وتعالى أعلم ثم انما لا يبطل البيع بهلاك الدراهم في الانواع الثلاثة بعد الاشارة اليها اذا كان علم عددها أو وزنها قبل الهلاك لانه اذا كان علم ذلك يمكن اعطاء مثلها بعدها كما فاما اذا كان لم يعلم لا عددها ولا وزنها حتى هلكت يبطل البيع لان الثمن صار مجهولاً اذا المشتري لا يمكنه اعطاء مثل الدراهم المشار اليها (ومنها) الخلو من شبهة الزبالان الشبهة ملحقة بالحقيقة في باب الحرمان احتياطاً وأصله ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لو ابصت بن معبد رضى الله عنه الحلال بين والحرام بين وبينهما أمور مشتبهاً فندع ما يربك الى ما لا يربك وعلى هذا يخرج ما اذا باع رجل شيئاً قد أؤنسبته وقبضه المشتري ولم يتقدّمه انه لا يجوز لبائعه أن يشتريه من مشتريه بأقل من ثمنه الذي باعه منه عندنا وعند الشافعي رحمه الله يجوز (وجه) قوله ان هذا بيع استجمع شرائط جوازه وخلع الشرط المفسدة اياه فلا معنى للحكم بفساده كما اذا اشتراه بعد قد الثمن ولنا ما روى ان امرأته جاءت الى سيدتنا عائشة رضى الله عنها وقالت انى ابتعت

خادم من زيد بن أرقم بثانمائة ثم بعتهم منه بستائة فقالت سيدتنا عائشة رضي الله عنها بئس ما شريت وبئس ما اشتريت أبلغني زيد أن الله تعالى قد أبطل جهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم أن لم يتب (وجه) الاستدلال به من وجهين أحدهما أنها ألحقت بزید وعيد الأيوقف عليه بالرأى وهو بطلان الطاعة بما سوى الردة فالظاهر أنها قالت سماع من رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا يلحق الوعيد إلا بمباشرة المعصية فدل على فساد البيع لأن البيع القاسد معصية والثاني أنها رضي الله عنها سمت ذلك بيع سوء وشراء سوء والقاسد هو الذي يوصف بذلك لا الصحيح ولأن في هذا البيع شبهة الربا لأن الثمن الثاني يصير قصاصاً بالثمن الأول فبقي من الثمن الأول زيادة لا يقابلها عوض في عقد الماوضة وهو تفسير الربا لأن الزيادة تثبت بمجموع العقدين فكان الثابت بأحدهما شبهة الربا والشبهة في هذا الباب ملحقه بالحقيقة بخلاف ما إذا تعد الثمن لأن المقاصة لا تتحقق بعد الثمن فلا تتمكّن الشبهة بالعقد ولو تعد الثمن كله الأشياء قليلاً فهو على الخلاف ولو اشترى مائة مثلاً مائة مثلاً قبل تعد الثمن جاز بالاجماع لانعدام الشبهة وكذا لو اشتراه بأكثر مما باع قبل تعد الثمن ولأن فساد العقد معدول به عن القياس وانما عرفناه بالاثار والاثار جاز في الشراء بأقل من الثمن الأول فبقي ما وراءه على أصل القياس هذا إذا اشتراه بجنس الثمن الأول فإن اشتراه بخلاف الجنس جاز لأن الربا لا يتحقق عند اختلاف الجنس إلا في الدراهم والدنانير خاصة استحساناً والقياس أن لا يجوز لانهما جنسان مختلفان حقيقة فالتحقا بسائر الاجناس المختلفة (وجه) الاستحسان انهما في الثمنية كجنس واحد فيتحقق الربا بمجموع العقدين فكان في العقد الثاني شبهة الربا وهي الربا من وجه ولو تعيب المبيع في يد المشتري فباعه من بائه بأقل مما باعه جاز لأن قصصان الثمن يكون بمقابلة قصصان العيب فيلحق النقصان بالعدم كانه باعه بمثل ما اشتراه فلا يتحقق شبهة الربا ولو خرج المبيع من ملك المشتري فاشتراه البائع من المالك الثاني بأقل مما باعه قبل تعد الثمن جاز لأن اختلاف الملك بمنزلة اختلاف العين فيمنع تحقق الربا ولو مات المشتري فاشتراه البائع من وارثه بأقل مما باع قبل تعد الثمن لم يحز لأن الملك هناك لم يختلف وانما قام الوارث مقام المشتري بدليل انه يرد بالعيب ويرد عليه وكذا لو كان المبيع جارية فاستولدها الوارث أو كان اراً فبني عليها ثم ورد الاستحقاق فأخذ منه قيمة الولد ونقص عليه البناء كان للوارث أن يرجع على بائع المورث بقيمة الولد وقيمة البناء كما كان يرجع المشتري لو كان حياً لأن الوارث قائم مقام المشتري فكان الشراء منه بمنزلة الشراء من المشتري فرق بين هذا وبين ما إذا مات البائع فاشترى وارثه من المشتري بأقل مما باع قبل تعد الثمن انه يجوز إذا كان الوارث ممن تجوز شهادته للبائع في حال حياته (وجه) الفرق أن الوارث يقوم مقام المورث فيما ورثه ووارث المشتري ورث عين المبيع فقام مقامه في عينه فكان الشراء منه كالشراء من المشتري فلم يحز ووارث البائع ورث الثمن والثمن في ذمة المشتري وما عين في ذمة المشتري لا يحتل الارث فلم يكن ذلك عين ما ورثه عن البائع فلم يكن وارث البائع مقامه فيما ورثه وروى عن أبي يوسف رحمه الله انه لا يجوز للشراء من وارث البائع كما لا يجوز للشراء من وارث المشتري لأن الوارث خلف المورث فالمشتري قائم مقامه كانه هو ولو باعه المشتري من غيره فعاد المبيع الى ملكه فاشتراه بأقل مما باع فهذا لا يخلو اما ان عاد اليه بملك جديد واما ان عاد اليه على حكم الملك الاول فان عاد اليه بملك جديد كالشراء والهبة والميراث والاقالة قبل القبض وبعده والرد بالعيب بعد القبض وغير قضاء القاضى ونحو ذلك من أسباب تجديد الملك جاز الشراء منه بأقل مما باع لأن اختلاف الملك بمنزلة اختلاف العين وان عاد اليه على حكم الملك الاول كالرد بخيار الرؤية والرد بخيار الشرط قبل القبض وبعده بقضاء القاضى وغير قضاء القاضى والرد بخيار العيب قبل القبض بقضاء القاضى وبغير قضاء القاضى وبعده القبض بقضاء القاضى لا يجوز للشراء منه بأقل مما باع لأن الرد في هذه المواضع يكون فسخا والفسخ يكون رفعا من الاصل واعادة الى قديم الملك كانه لم يخرج عن ملكه أصلاً ولو كان كذلك لكان لا يجوز له الشراء فكذا هذا ولو لم يشتره البائع لكن اشتراه بعض من لا تجوز شهادته له كالوالدين والمولودين والزوجة والزوجة

لا يجوز عند أبي حنيفة رحمه الله كمالا يجوز من البائع وعند أبي يوسف ومحمد يجوز كما يجوز من الاجنبي (وجهه)
قولهما ان كل واحد منهما اجنبي عن ملك صاحبه لا تفصال ملكه عن ملك صاحبه فيقع عقد كل واحد منهما له
لا لصاحبه كسائر الاجانب ثم شراء الاجنبي لنفسه جائز فكذا شرأوه لصاحبه ولا في حنيفة رحمه الله ان كل واحد
منهما يبيع بمال صاحبه عادة حتى لا تقبل شهادة أحدهما لصاحبه فكان معنى ملك كل واحد منهما ثابتا لصاحبه
فكان عقده واقعا لصاحبه من وجه فيؤثر في فساد العقد احتياطا في باب الربا ولو باع المولى ثم اشتراه مدبره أو مكاتبه
أو بعض ممالئكه ولا دين عليه أو عليه دين بأقل مما باع المولى لا يجوز كمالا يجوز عن المولى وكذا لو باع المدبر أو
المكاتب أو بعض ممالئكه ثم اشتراه المولى لا يجوز لأن عقده مؤلأ يقع للمولى من وجه ولو كان وكيله فباع واشترى
بأقل مما باع قبل فقد التمن لا يجوز كمالا ولو باع واشترى الموكل لنفسه لأن المانع تمكن شبهة الربا وأن لا يفصل بين
الوكيل والموكل ولذا سيدتنا عائشة رضي الله عنها لم تستفسر السائلة أنها مالكة أو وكيلة ولو كان الحكم يختلف
لا تستفسر وكذا لو باع الوكيل ثم اشتراه الموكل لم يحز لأنه لو اشتراه وكيله لم يحز فإذا اشتراه بنفسه أولى أن لا يجوز
وكذا لو باعه الوكيل ثم اشتراه بعض من لا يجوز شهادة الوكيل له أو بعض من لا يجوز شهادة الموكل له لم يحز عند أبي
حنيفة رحمه الله وعندهما يجوز على ما مر ولو باع ثم وكل بنفسه انسانا بأن يشتري له ذلك الشيء بأقل مما باع قبل فقد
التن فاشتراه الوكيل فهو جائز للوكيل والتمنان يلتقيان قصاصا والزيادة من الثمن الاول لا تطيب للبائع ويكون ملكا
له وهذا قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف التوكيل فاسد ويكون الوكيل مشترى بالنفس وقال محمد التوكيل صحيح الا
أنه اذا اشتراه الوكيل يكون مشترى بالبائع شراء فاسدا ويملكه البائع ملكا فاسدا وهذا بناء على أصل لهم فأصل أبي
حنيفة انه ينظر الى العاقد ويعتبر أهليته ولا يعتبر أهلية من يقع له حكم العقد ولهذا قال ان المسلم اذا وكل ذميا بشراء الخمر أو
بيعها انه يجوز وكذا الحرم اذا وكل حلالا ببيع صيده أو بشراء صيد جاز التوكيل عنده وتعتبر أهلية الوكيل وأصل
أبي يوسف ومحمد انهما يعتبران أهلية العقد للعقد والمعقود له جميعا حتى لم يحز التوكيل عندهما في المسئلتين إلا أن محمدا
خالف أبا يوسف في هذه المسئلة وترك أصله حيث قال بصحة التوكيل ولم ينظر الى الموكل وعلى هذا الخلاف اذا
وكل المسلم ذميا بأن يشتري له من ذمى عبده بنحر وغير ذلك العبد ففعل الوكيل صح الشراء عند أبي حنيفة ويكون العبد
للموكل وعلى الوكيل للبائع الخمر وهو يرجع بقيمة الخمر على موكله وعند أبي يوسف التوكيل فاسد ويكون الوكيل
مشتريا لنفسه وعند محمد التوكيل صحيح ويكون مشترى للموكل شراء فاسدا ولو باع بألف درهم حالة ثم اشتراه بألف
درهم مؤجلة فالشراء فاسد لأنه اشترى ما باع بأقل مما باع من حيث المعنى لأن الحالة خير من المؤجلة وكذا لو باع
بألف مؤجلة ثم اشتراه بألف مؤجلة الى أبعده من ذلك الاجل فهو فاسد لما قلنا ولو باع عبدا بألف وقبضه المشتري
ثم اشتراه البائع وعبد آخر قبل قد التمن فان الثمن يقسم عليهما على قدر قيمتهما ثم ينظر فان كانت حصصة العبد الذي
باعه مثل ثمنه أو أكثر جاز الشراء فيهما جميعا أما في الذي لم يبعه فظاهر وكذا في الذي باعه لأنه اشترى ما باع بمثل
ما باع أو بأكثر مما باع قبل قد التمن وأنه جائز وان كان أقل من ثمنه ففسد البيع فيه ولا يفسد في الآخر لأن
الفساد لكونه شراء ما باع بأقل مما باع قبل قد التمن وذلك وجد في أحدهما دون الآخر وهذا على أصلهما ظاهر
وكذا على أصل أبي حنيفة فكان ينبغي أن يفسد فيهما لأن من أصله ان الصفقة متى اشتملت على ابدال وفسدت في
بعضها أن يتعدى الفساد الى الكل كما اذا جمع بين حر وعبدا وباعهما جميعا صفقة واحدة وانما لم يفسد فيهما لأن
الفساد هنالك باعتبار انه لما جمع بين الحر والعبدا وباعهما صفقة واحدة فقد جعل قبول العقد في أحدهما شرط لقبول
العقد في الآخر والحر ليس بمحل لقبول العقد فيه يبين فلا يصح قبول فيه فلا يصح في الآخر فلم ينعقد العقد أصلا
والفساد ههنا باعتبار شراء ما باع بأقل مما باع وذلك وجد في أحدهما دون الآخر ففسد في أحدهما دون الآخر لأن
الأصل اقتضار الفساد على قدر الفساد ولهذا وجد بين عبدتين وباع أحدهما الى الحصاد او الدياس أن البيع يفسد فيما

في بيعه أجل ولا يفسد في الآخر وكذا لو جمع بين قن ومدبر وباعهما صفقة واحدة يصح البيع في القن ويفسد في المدبر لو وجود المفسد في أحدهما دون الآخر كذا هذا (ومنها) قبض رأس المال في بيع الدين بالعين وهو السلم والكلام في السلم في الأصل في ثلاثة مواضع أحدها في بيان ركنه والثاني في بيان شرائط الركن والثالث في بيان ما يجوز من التصرف في السلم فيه وما لا يجوز أما ركن السلم فهو لفظ السلم والسلف والبيع بان يقول رب السلم أسلمت إليك في كذا أو أسلفت لأن السلم والسلف مستعملان بمعنى واحد يقال سلفت وأسلفت وأسلمت بمعنى واحد فإذا قال المسلم إليه قبلت فقد تم الركن وكذا إذا قال المسلم إليه بهت منك كذا وذكر شرائط السلم فقال رب السلم قبلت وهذا قول علمائنا الثلاثة وقال زفر لا ينعقد إلا بلفظ السلم لأن القياس أن لا ينعقد أصلاً لأنه بيع مالم يس عند الإنسان وأنه منهى عنه إلا أن الشرع ورد بجوازه بلفظ السلم بقوله ورخص في السلم (ولنا) أن السلم بيع فينقذ بالبيع والدليل على أنه بيع ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع مالم يس عند الإنسان ورخص في السلم نهى عليه الصلاة والسلام عن بيع مالم يس عند الإنسان عام ورخص السلم بالرخصة فيه فدل أن السلم بيع مالم يس عند الإنسان ليستقيم تخصيصه عن عموم النهي بالترخص فيه

فصل وأما شرائط الركن فهي في الأصل نوعان نوع يرجع إلى نفس العقد ونوع يرجع إلى البدل (أما) الذي يرجع إلى نفس العقد فواحد وهو أن يكون العقد باتاً عارياً عن شرط الخيار للعاقدين أو لأحدهما لأن جواز البيع مع شرط الخيار في الأصل ثبت معدولاً به عن القياس لأنه شرط يخالف مقتضى العقد بثبوت الحكم للحال وشرط الخيار يمنع انعقاد العقد في حق الحكم ومثل هذا الشرط مفسد للعقد في الأصل إلا أن عارفاً جوازاً بالنص والنص ورد في بيع العين فبقى ما وراءه على أصل القياس خصوصاً إذا لم يكن في معناه والسلم ليس في معنى بيع العين فيما شرع له الخيار لأنه شرع لدفع الغبن والسلم مبناه على الغبن وكس الثمن لأنه لا يبيع المفا ليس فلم يكن في معنى مورد النص فور ودالنص هناك لا يكون وروداهنا دلالة في الحكم فيه للقياس ولأن قبض رأس المال من شرائط الصحة على ما ذكره ولا صحة للقبض إلا في الملك وخيار الشرط يمنع ثبوت الملك فيمنع المستحق صحة القبض بخلاف المستحق أنه لا يبطل السلم حتى لو استحق رأس المال وقد اختلفا عن القبض وأجاز المستحق فالسلم صحيح لأنه لما أجاز تبين أن العقد وقع صحيحاً من حين وجوده وكذا القبض إذا أجازة اللاحق بمثلة الوكالة السابقة وبخلاف خيار الرؤية والعيب لأنه لا يمنع ثبوت الملك فلا يمنع صحة القبض ولو أبطل صاحب الخيار خياره قبل الافتراق بابدانها ورأس المال قائم في يد المسلم ينتقل العقد جائزاً عندنا خلافاً لزفر وقد مررت المسئلة وإن كان هالكاً أو مستهلكاً لا ينتقل إلى الجواز بالاجماع لأن رأس المال يصير ديناً على المسلم إليه والسلم لا ينعقد برأس مال دين فلا ينعقد عليه أيضاً (وأما) الذي يرجع إلى البدل فأنا نوع ثلاثة نوع يرجع إلى رأس المال خاصة ونوع يرجع إلى المسلم فيه خاصة ونوع يرجع إليهما جميعاً (أما) الذي يرجع إلى رأس المال فأنا نوع (منها) بيان جنسه كقولنا دراهم أو دنانير أو حنطة أو تمر (ومنها) بيان نوعه إذا كان في البلد نقود مختلفة كقولنا دراهم فتحية أو دنانير نيسابورية أو حنطة سقية أو تمر برني (ومنها) بيان صفته كقولنا جيداً ووسطاً أو ردياً لأن جهالة الجنس والنوع والصفة مفضية إلى المنازعة وإنها مانعة صحة البيع لما ذكرنا من الوجوه فيما تقدم (ومنها) بيان قدره إذا كان مما يتعلق العقد بقدره من المكيلات والموزونات والمعدودات المتقاربة ولا يكتفي بالإشارة إليه وهذا قول أبي حنيفة وسفيان الثوري وأحد قولي الشافعي وقال أبو يوسف ومحمد ليس بشرط والتعيين بالإشارة كاف وهو أحد قولي الشافعي رحمه الله ولو كان رأس المال مما لا يتعلق العقد بقدره من الذرعات والعدديات المتفاوتة لا يشترط إعلام قدره ويكتفي بالإشارة بالاجماع وكذا إعلام قدر الثمن في بيع العين ليس بشرط والإشارة كافية بالاجماع وصورة المسئلة إذا قال أسلمت إليك هذه الدراهم أو هذه الدنانير ولا يعرف وزنها أو هذه الصبرة ولم يعرف كيلها لا يجوز عند أبي حنيفة وعندهما يجوز ولو قال

أسلمت اليك هذا الثوب ولم يعرف ذرعه أو هذا القطيع من الغنم ولم يعرف عدده جاز بالاجماع (وجه) قوله ما ان الحاجة الى تعيين رأس المال وانه حصل بالاشارة اليه فلا حاجة الى اعلام قدره ولهذا لم يشترط اعلام قدر الثمن في بيع العين ولا في السلم اذا كان رأس المال مما يتعلق العقد بقدره ولا في حنيفة رحمه الله ان جهالة قدر رأس المال تؤدي الى جهالة قدر المسلم فيه وانها مفسدة للعقد فيلزم اعلام قدره صيانة للعقد عن الفساد ما أمكن كما اذا أسلم في المكيل بمكيل نفسه بعينه ودلالة انها تؤدي الى ما قلنا ان الدرهم على ما عليه العادة لا تخلو عن قليل زيف وقد يرد الاستحقاق على بعضها فاذا رد الزائف ولم يستبدل في مجلس الرد ولم يتجاوز المستحق بنفسه السلم في المسلم فيه بقدر المردود والمستحق ويبقى في الباقي وذلك غير معلوم فيصير المسلم فيه مجهول القدر ولهذا لم يصح السلم في المكيلات بغيره بعينه لانه يحتمل هلاك القفيز فيصير المسلم فيه مجهول القدر فلم يصح كذا هذا بخلاف بيع العين فان الزيف والاستحقاق هناك لا يؤثر في العقد لان قبض الثمن غير مستحق وبخلاف الثياب والعديدات المتفاوتة لان القدر فيها ملحق بالصفة ألا ترى انه لو قال أسلمت اليك هذا الثوب على انه عشرة أذرع فوجده المسلم اليه أحد عشر سلمت الزيادة فثبت ان الزيادة فيها تجري مجرى الصفة واعلام صفة رأس المال ليس بشرط لصحة السلم اذا كان معيناً مشار اليه وعلى هذا الخلاف اذا كان رأس المال جنساً واحداً مما يتعلق العقد على قدره فأسلمه في جنسين مختلفين كالخطة والشعير أو نوعين مختلفين من جنس واحد كاهري وى والمروى ولم يبين حصة كل واحد منهما فالسلم فاسد عند أبي حنيفة وعندهما جائز ولو كان جنساً واحداً مما لا يتعلق العقد على قدره كالثوب والعددي المتفاوت فأسلمه في شيئين مختلفين ولم يبين حصة كل واحد منهما من ثمن رأس المال فالثمن جائز بالاجماع ولو كان رأس المال من جنسين مختلفين أو نوعين مختلفين فأسلمهما في جنس واحد فهو على الاختلاف والكلام في هذه المسئلة بناء على الاصل الذي ذكرنا ان كون رأس المال معلوم القدر شرط لصحة السلم عند أبي حنيفة وعندهما ليس بشرط (وجه) البناء على هذا الاصل ان اعلام القدر لما كان شرطاً عنده فاذا كان رأس المال واحداً وقوبل شيئين مختلفين كان اتساعه عليهما من حيث القيمة لا من حيث الاجزاء وحصة كل واحد منهما من رأس المال لا تعرف الا بالجزر والظن فيبقى قدر حصة كل واحد منهما من رأس المال مجهولاً وجهالة قدر رأس المال مفسدة للسلم عنده وعندهما اعلام قدره ليس بشرط فجاءته لا تكون ضارة ولو أسلم عشرة دراهم في ثوبين جنسهما واحد ونوعهما واحد وصفتهما واحدة وطولهما واحد ولم يبين حصة كل واحد منهما من العشرة فالسلم جائز بالاجماع (اماعندهما) فظاهر لان اعلام قدر رأس المال ليس بشرط وأما عنده فلان حصة كل واحد منهما من رأس المال تعرف من غير حزر وظن فكان قدر رأس المال معلوماً وصار كما اذا أسلم عشرة دراهم في قفيزي حنطة ولم يبين حصة كل قفيز من رأس المال انه يجوز لما قلنا كذا هذا ولو قبض الثوبين بعد محل الاجل ليس له أن يبيع أحدهما مراً بجهة على خمسة دراهم عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد له ذلك وله أن يبيعهما جميعاً مراً بجهة على عشرة بالاجماع وكذا لو كان بين حصة كل ثوب خمسة دراهم له أن يبيع أحدهما على خمسة مراً بجهة بخلاف ونذكر دلائل هذه الجملة في مسائل المراجعة ان شاء الله تعالى (ومنها) أن يكون مقبوضاً في مجلس السلم لان المسلم فيه دين والافتراق لا عن قبض رأس المال يكون افتراقاً عن دين بدين وانه منهي عنه لما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الكالئ بالكالئ أى النسيئة بالنسيئة ولان ما أخذ هذا العقد دليل على هذا الشرط فانه يسمى سائماً وسلفاً لئلا يشرعاً يقول العرب أسلمت وأسلفت بمعنى واحد وفي الحديث من أسلم فليسلم في كيل معلوم وروى من سلف فليسلف في كيل معلوم والسلم ينبي عن التسليم والسلف ينبي عن التقدم فيقتضى لزوم تسليم رأس المال وتقديم قبضه على قبض المسلم فيه فان قيل شرط الشيء يسبقه أو يقارنه والقبض يعقب العقد فكيف يكون شرطاً فالجواب ان القبض شرط بقاء العقد على الصحة لا شرط الصحة فان العقد ينقضي بحيدون قبض ثم يفسد بالافتراق لا عن قبض وبقاء العقد صحيحاً يعقب

العقد ولا يتقدمه فيصلح القبض شرط له وسواء كان رأس المال ديناً أو عيناً عند عامة العلماء استحساناً والقياس أن لا يشترط قبضه في المجلس إذا كان عيناً وهو قول مالك رحمه الله (وجه) القياس أن اشتراط القبض للاحتراز عن الافتراق عن دين بدين وهذا افتراق عن عين بدين وأنه جائز (وجه) الاستحسان أن رأس مال السلم يكون ديناً عادة ولا تجمل العين رأس مال السلم إلا نادراً والنادر حكمه حكم الغالب فيلحق بالدين على ما هو الأصل في الشرع في الحاق المفرد بالجملة ولأن ما أخذ العقد في الدلالة على اعتبار هذا الشرط لا يوجب الفصل بين الدين والعين على ما ذكرنا وسواء قبض في أول المجلس أو في آخره فهو جائز لأن ساعات المجلس لها حكم ساعة واحدة وكذا لو لم يقبض حتى قاما بمشيان فقبض قبل أن يفترقا بأبدانهم ما جاز لأن ما قبل الافتراق بأبدانهم له حكم المجلس وعلى هذا يخرج الإبراء عن رأس مال السلم أنه لا يجوز بدون قبول رب السلم لأن قبض رأس المال شرط صحة السلم فلو جاز الإبراء من غير قبوله وفيه إسقاط هذا الشرط أصلاً لكان الإبراء فسخاً معني وأحد العاقلين لا ينفرد بفسخ العقد فلا يصح الإبراء بقبض السلم على حاله وإذا قبل جاز الإبراء لأن الفسخ حينئذ يكون براضيهما وأنه جائز وإذا جاز الإبراء وأنه في معنى الفسخ انفسخ العقد ضرورة بخلاف الإبراء عن السلم فيه أنه جائز من غير قبول المسلم إليه لأنه ليس في الإبراء عنه إسقاط شرط لأن قبض المسلم فيه ليس بشرط فيصح من غير قبول وبخلاف الإبراء عن ثمن المبيع أنه يصح من غير قبول المشتري إلا أنه يرتد بالرد لأن قبض الثمن ليس بشرط لصحة البيع إلا أنه يرتد بالرد لأن الإبراء معني التملك على سبيل التبرع فلا يلزم دفعاً لضرر المنفعة ولا يجوز الإبراء عن المبيع لأنه عين والإبراء إسقاط واستسقاط الاعيان لا يعقل وعلى هذا يخرج الاستبدال برأس مال السلم في مجلس العقد أنه لا يجوز وهو أن يأخذ برأس مال السلم شيئاً من غير جنسه لأن قبض رأس المال لما كان شرطاً قبل الاستبدال يفوت قبضه حقيقة وإنما يقبض بدله وبدل الشيء غيره وكذلك الاستبدال ببدل الصرف لما قلنا فإن أعطى رب السلم من جنس رأس المال أجود أو أرد أو رضى المسلم إليه بالرد إجازاً لأنه قبض جنس حقه وإنما اختلف الوصف فإن كان أجود فقد قضى حقه وأحسن في القضاء وإن كان أرد فقد قضى حقه أيضاً لكن على وجه التقصان فلا يكون أخذ الأجود والرد الاستبدال إلا أنه لا يجبر على أخذ الرد إلا أن فيه فوات حقه عن صفة الجودة فلا بد من رضاه وهل يجبر على الأخذ إذا أعطاه أجود من حقه قال علماءنا الثلاثة رحمهم الله يحير عليه وقال زفر لا يحير (وجه) قوله أن رب السلم في إعطاء الزيادة على حقه متبرع والمتبرع عليه لا يحير على قبول التبرع لما فيه من الزام المنفعة فلا يلزمه من غير التزامه (ولنا) أن إعطاء الأجود مكان الجيد في قضاء الديون لا يعد فضلاً وزيادة في العادات بل يعد من باب الإحسان في القضاء ولو احق الإفاء إذا أعطاه الأجود فقد قضى حق صاحب الحق وأجمل في القضاء فيجبر على الأخذ (وأما) الاستبدال بالمسلم فيه بجنس آخر فلا يجوز أيضاً لكن بناء على أصل آخر ذكرناه فيما تقدم وهو أن المسلم فيه مبيع منقول وبيع المبيع المنقول قبل القبض لا يجوز وإن أعطى أجود أو أرد أخف حكمه رأس المال وقد ذكرناه (وأما) استبدال رأس مال السلم بجنس آخر بعد الإقالة أو بعد انقضاء السلم العارض فلا يجوز عندنا خلافاً لفرع ويجوز استبدال بدل الصرف بعد الإقالة بالاجماع وقد مر الكلام فيه والفرق فيما تقدم وتجاوز الحوالة برأس مال السلم على رجل حاضر والكفالة به لوجود ركن هذه العقود مع شرائطه فيجوز كما في سائر العقود فلو امتنع الجواز فاعلمنا ما يمنع لكان الخلل في شرط عقد السلم وهو القبض وهذه العقود لا تخل بهذا الشرط بل تحققه لكونها وسائل إلى استيفاء الحق فكانت مؤكدة له هذا مذهب أصحابنا الثلاثة رحمهم الله وقال زفر لا يجوز لأن هذه العقود شرعت لتوثيق حق محتمل التأخر عن المجلس فلا يحصل ما شرع له العقد فلا يصح وهذا غير سديد لأن معنى التوثيق يحصل في الحقيين جميعاً فجاز العقد فيهما جميعاً ثم إذا جازت الحوالة والكفالة فإن قبض المسلم إليه رأس مال السلم من المحال عليه أو الكفيل أو من رب السلم فقد تم العقد بينهما إذا كانا في المجلس سواء بقى الحويل والكفيل أو افترقا بعد أن كان العاقدان في المجلس وإن افترقا العاقدان بأنفسهما قبل القبض

بطل السلم وبطلت الحوالة والكفالة وان بقي الحال عليه والكفيل في المجلس فالعبرة ببقاء العاقدين وافتراقهما لا بقاء الحويل والكفيل وافتراقهما لان القبض من حقوق العقد وقيام العقد بالعاقدين فكان المعتبر بمجلسهما وعلى هذا الحوالة والكفالة ببطلان الصرف ، انهما جائزان لما قلنا لكن التقابض من الجانبين قبل تفرق العاقدين بابدانهم شرط وافتراق الحال عليه والكفيل لا يضر لما ذكرنا فان افتراق العاقدان بابدانهم قبل التقابض من الجانبين بطل الصرف وبطلت الحوالة والكفالة كفاي السلم (وأما) الرهن برأس مال السلم فان هلك الرهن في المجلس وقيمته مثل رأس المال أو أكثر فقد تم العقد بينهما لانه حصل مستوفيا لرأس المال لان قبض الرهن قبض استيفاء لانه قبض مضمون وقد تقرر الضمان بالهلاك وعلى الراهن مثله من جنسه في المالية فيتقاصان فحصل الافتراق عن قبض رأس المال فتم عقد السلم وان كانت قيمته أقل من رأس المال تم العقد بقدره وبطل في الباقي لانه استوفى من رأس المال بقدره وان لم يهلك الرهن حتى افتراق بطل السلم لحصول الافتراق لا عن قبض رأس المال وعليه رد الرهن على صاحبه وكذلك هذا الحكم في بدل الصرف اذا أخذ به رهنا انه ان هلك الرهن قبل افتراق العاقدين بابدانهم ساءم عقد الصرف لانه بالهلاك صار مستوفيا وان لم يهلك حتى افتراق بطل الصرف لقوات شرط الصحة وهو القبض كفاي السلم والله سبحانه وتعالى أعلم وعلى هذا يخرج ما اذا كان رأس المال ديناً على المسلم اليه أو على غيره فاسلمه لانه لا يجوز لان القبض شرط ولم يوجد حقيقة فيكون افتراقه عن دين بدين وانه منتهى فان تقدمه في المجلس جاز ان كان الدين على المسلم اليه ولان المانع ههنا ليس الانعدام القبض حقيقة وقد زال وان كان على غيره لا يجوز وان تقدمه في المجلس لكن هناك مانع آخر وهو العجز عن التسليم لان ما في ذمة الغير لا يكون مقدور التسليم والقدرة على التسليم عند العقد من شرائط الصحة على ما مر وهذا المانع منعدم في الفصل الاول لان ذمة المسلم اليه في يده فكان قادراً على التسليم عند العقد وانما لم يحز لعدم القبض واذا وجد جاز ولو أسلم ديناً وعيناً وافتراقاً جاز في حصصة العين وبطل في حصصة الدين لان الاصل ان الفساد بقدر الفساد والمفسد عدم القبض وانه يخص الدين فيفسد السلم بقدره كما لو اشترى عشرين ولم يقبضهما حتى هلك أحدهما قبل القبض انه يبطل العقد في الهالك ويبقى في الآخر لما قلنا كذا هذا وعلى هذا يخرج ما اذا قبض رأس المال ثم انتقص القبض فيه بمعنى أوجب انتقاصه انه يبطل السلم وبيان ذلك ان جملة رأس المال لا تخلو اما أن تكون عيناً وهو ما يتعين بالتعيين واما أن تكون ديناً وهو ما لا يتعين بالتعيين والعين لا تخلو اما أن توجد مستحقاً ومعيها والدين لا يخلو اما أن يوجد مستحقاً أو زوفاً ونهره أو مستوقاً أو رصاصاً وكل ذلك لا يخلو اما أن يكون قبل الافتراق أو بعده ووجد كله كذلك أو بعضه دون بعض وكذلك أحد المتصارفين اذا وجد بدل الصرف كذلك فهو على التفصيل التي ذكرنا فان كان رأس المال عيناً فوجدته المسلم اليه مستحقاً ومعيها فان لم يحز المستحق ولم يرض المسلم اليه بالعيب يبطل السلم سواء كان بعد الافتراق أو قبله لانه انتقص القبض فيه بالاستحقاق والرد بالعيب ولا يمكن اقامة غيره مقامه في القبض لانه معين فيحصل الافتراق لا عن قبض رأس المال في المجلس فيبطل السلم وان أجاز المستحق ورضى المسلم اليه بالعيب جاز السلم سواء كان قبل الافتراق أو بعده لانه تبين ان قبضه وقع صحيحاً فحصل الافتراق عن قبض رأس المال أولاً ولا سبيل للمستحق على المقبوض لانه لما أجاز فقد صار المقبوض ملكاً للمسلم اليه وله أن يرجع على الناقد بمثله ان كان مثلياً وبقيته ان لم يكن مثلياً لانه أتلف عليه ماله بالتسليم وكذا في الصرف غير أن هناك اذا كان البدل المستحق أو المعيب عيناً كالتمر والمصوغ من الفضة ولم يحز المستحق ولا رضى القابض بالمعيب حتى بطل الصرف يرجع على قابض الدينار بعين الدينار ان كان قائماً وبمثله ان كان هالكا ولا خيار لقابض الدينار في ظاهر الرواية كفاي بيع العين اذا استحق المبيع وأخذ المستحق ولو كان قابض الدينار تصرف فيه وأخرجه من ملكه لا يفسخ عليه تصرفه وعليه مثله كفاي المقبوض بعقد فاسد هذا اذا كان رأس المال عيناً فاما اذا كان ديناً فان وجدته مستحقاً وأجاز المستحق فالسلم ماض سواء كان قبل الافتراق أو بعده لانه ظهر ان القبض كان صحيحاً ولا

سبيل للمشتري على المقبوض ويرجع على الناقد بمثله لانه أنقله بالتسليم وهو مثلي فيرجع عليه بمثله وان لم يحجز فان كان قبل الافتراق واستبدل في المجلس فالسلم ماض لان رأس المال اذا كان ديناً كان الواجب في ذمة رب السلم مثل المستحق لا عينه فقبض المستحق ان لم يصح أو انتقض بالاستحقاق وعدم الاجازة يقوم قبض مثله مقامه فيرجع عليه بمثله ويلحق ذلك الذي كان بالعدم كأنه لم يقبض وأخر القبض فيه الى آخر المجلس بخلاف ما اذا كان عيناً لان المستحق هناك قبض العين وقد انتقض القبض فيه بالاستحقاق وتعذر اقامه قبض غيره مقامه فحل الافتراق لا عن قبض فيبطل العقد وان كان بعد الافتراق يبطل السلم لانه تبين ان الافتراق حصل لا عن قبض رأس المال هذا اذا وجدته مستحقاً فاما اذا وجدته زيوفاً ونهبره فان تجوز السلم اليه فالسلم ماض على الصحة سواء وجدته قبل الافتراق أو بعده لان الزيف من جنس حقه لانها دراهم لكنها معيبة بالزيف وفوات صفة الجودة فاذا تجوز به فقد أبرأه عن العيب ورضى بقبض حقه مع النقصان بخلاف المستوق فانه لا يجوز وان تجوز به لانه ليس من جنس الدراهم على ما نذكره وان لم يتجوز به وورده فان كان قبل الافتراق واستبدله في المجلس فالعقد ماض وجعل كأنه آخر القبض الى آخر المجلس وان كان بعد الافتراق بطل السلم عند أبي حنيفة وزفر سواء استبدل في مجلس الرد أولاً وعند أبي يوسف ومحمد ان لم يستبدل في مجلس الرد كذلك وان استبدل لا يبطل السلم (وجه) قوله ان قبض الزيف وقع تحيها لانه قبض جنس الحق الا يرى انه لو تجوز بها جاز ولو لم يكن من جنس حقه لما جاز كالستوق الا انه فاتته صفة الجودة بالزيف فكانت من جنس حقه أصلاً لا وصفاً فكانت الزيف فيها عيباً والمعيب لا يمنع صحة القبض كما في بيع العين اذا كان المبيع معيباً وبالرد ينتقض القبض لكن مقصوراً على حالة الرد ولا يستند الانتقاض الى وقت القبض فيبقى القبض تحيها كان ينبغي ان لا يشترط قبض بدله في مجلس الرد لان المستحق بعقد السلم القبض مرة واحدة الا انه شرط لان الرد شهما بالعقد حيث لا يجب القبض في مجلس الرد الا بالرد كما لا يجب القبض في مجلس العقد الا بالعد فالحق بمجلس الرد بمجلس العقد (وجه) قول أبي حنيفة وزفر رحمهما الله ان الزيف من جنس حق المسلم اليه لكن أصلاً لا وصفاً ولهذا ثبت له حق الرد بفوات حقه عن الوصف فكان حقه في الاصل والوصف جميعاً فصار بقبض الزيف قابضاً حقه من حيث الاصل لا من حيث الوصف الا انه اذا رضى به فقد استقط حقه عن الوصف وتبين ان المستحق هو قبض الاصل دون الوصف لبراءة اياه عن الوصف فاذا قبضه فقد قبض حقه فيبطل المستحق وان لم يرض به تبين انه لم يقبض حقه لان حقه في الاصل والوصف جميعاً فتبين ان الافتراق حصل لا عن قبض رأس مال السلم هذا اذا وجدته زيوفاً ونهبره فاما اذا وجدته ستوقاً أو رصاصاً فان وجدته بعد الافتراق بطل السلم لان الستوق ليس من جنس الدراهم الا يرى انها لا تروج في معاملات الناس فلم تكن من جنس حقه أصلاً ووصفاً فكان الافتراق عن المجلس لا عن قبض رأس المال فيبطل السلم وسواء تجوز به أولاً لانه اذا لم يكن من جنس حقه كان التجوز به استبدالاً برأس مال السلم قبل القبض وانه لا يجوز بخلاف الزيف فانها من جنس حقه على ما بينا وان وجدته في المجلس فاستبدل فالسلم ماض لان قبضه وان لم يصح فقد بقي الواجب في ذمة رب السلم دراهم هي حق المسلم اليه فاذا قبضها فقد قبض حقه في المجلس والتحق قبض الستوق بالعدم كأنه لم يقبض أصلاً وآخر قبض رأس المال الى آخر المجلس وكذا في الصرف غير ان هناك اذا ظهر ان الدراهم ستوقه أو رصاصاً بعد الافتراق عن المجلس حتى يبطل الصرف فقباض الدينار يسترد دراهمه الستوقه وقباض الدراهم يسترد من قباض الدينار عين ديناره ان كان قائماً ومثله ان كان هالكا ولا خيار لقا بض الدينار كذا ذكر محمد في الاصل لانه اذا ظهر ان المقبوض ستوقه أو رصاصاً فقد ظهر ان قبضه لم يصح فتبين ان الافتراق حصل لا عن قبض فيبطل السلم وبقي الدينار في يده من غير سبب شرعي فأشبهه يد الغصب واستحقاق المبيع في بيع العين وهناك يسترد عينه ان كان قائماً كذا ههنا وطعن عيسى بن أبان وقال ينبغي أن يكون قابض الدينار بالخيار ان شاء رد عين الدينار وان شاء

رد مثله ولا يستحق عليه رد عين الدينار وان كان قائما لانه لم يكن متعينا في العقد فلا يكون متعينا في القسح والاعتبار باستحقاق المبيع غير سديد لان هناك ظهر بطلان العقد من الاصل لانه اذا لم يحجز المستحق تبين ان العقد وقع باطلا من حين وجوده وهناك العقد وقع صحيحا وانما بطل في المستقبل لما رخص طرأ عليه بعد الصحة فلا يظهر بطلانه من الاصل وبعض مشايخنا أخذوا بقول عيسى ونصره وهو حملوا جواب الكتاب على ما اذا اختار قابض الدينار رد عين الدينار والله سبحانه وتعالى أعلم هذا الذي ذكرنا اذا وجد المسلم اليه كل رأس المال مستحقا أو معينا أو زيوفا أو ستوقا فما اذا وجد بعضه دون بعض ففي الاستحقاق اذا لم يحجز المستحق ينقص العقد بقدر المستحق سواء كان رأس المال عينا أو دينارا بخلاف لان القبض انتقص فيه بقدره وكذا في الستوق والرصاص فبطل العقد بقدره قليلا كان أو كثيرا بالاجماع لما قلنا وكذا هذا في الصرف غير ان هناك قابض الستوقه يصير شرى كالمقابض الدينار في الدينار الذي دفعه بدلا عن الدراهم فيرجع عليه بعينه وعلى قول عيسى قابض الدينار بالخيار على ما ذكرنا وأما في الزيف والنهرجة فقياس قول أبي حنيفة رحمه الله أن ينقص العقد بقدره اذا لم يتجاوز ورده استبدل في مجلس الرد أولا وهو قول زفر لانه تبين ان قبض المردود لم يصح فتبين ان الافتراق حصل لانه قبض رأس المال في قدر المردود في بطل السلم بقدره الا أنه استحسن في القليل وقال ان كان قليلا فردده واستبدل في ذلك المجلس فالعقد ماض في الكل وان كان كثيرا يبطل العقد بقدر المردود لان الزيادة في القليل مما لا يمكن التجرع عنه لان الدراهم لا تخلو عن ذلك فكانت ملحقة بالعدم بخلاف الكثير واختلقت الرواية عن أبي حنيفة في الحد الفاصل بين القليل والكثير مع اتفاق الروايات على أن الثلث قليل وفي رواية عنه ان ما زاد على الثلث يكون كثيرا وفي رواية النصف وفي رواية عنه الزائد على النصف وكذا هذا في الصرف غير أن هناك اذا كثرت الزيف فردحت بطل العقد في قدر المردود عند أبي حنيفة يصير شرى كالمقابض الدينار فيسترد منه عينه وعلى قول عيسى قابض الدينار بالخيار على ما بينا ولو كان تصرف فيه أو أخرجه عن ملكه لا يفسخ عليه تصرفه وعليه مثله كما في البيع الفاسد على ما مر وكل جواب عرفته في السلم والصرف فهو الجواب في عقد يتعلق بحته بالقبض قبل الافتراق مما سوى الصرف والسلم ممن كان له على آخر دنائير فصالح منها على دراهم أو كان له على آخر مكيل أو موزون موصوف في الذمة أو غيرهما مما ثبت مثله في الذمة دينارا فصالح منها على دراهم أو نحو ذلك من العقود مما يكون قبض الدراهم فيه قبل الافتراق عن المجلس شرطا لصحة العقد قبض الدراهم ثم وجدها مستحقة أو زيوفا أو نهرجة أو ستوقه أو رصاصا كلها أو بعضها قبل الافتراق أو بعده والله سبحانه وتعالى أعلم وعلى هذا يخرج مقاصد رأس مال السلم بدين آخر على المسلم اليه بان وجب على المسلم اليه دين مثل رأس المال انه هل يصير رأس المال قصاصا بذلك الدين أم لا فهذا لا يخلو اما ان وجب بدين آخر بالعقد واما ان وجب بعقد متقدم على عقد السلم واما ان وجب بعقد متأخر عنه فان وجب بعقد متقدم على السلم بان كان رب السلم باع المسلم اليه ثوبا بعشرة دراهم ولم يقبض العشرة حتى أسلم اليه عشرة دراهم في كرحنة فان جعل الدين قصاصا أو تراضيا بالمقاصة يصير قصاصا وان أبي أحدهما لا يصير قصاصا وهذا استحسان والقياس أن لا يصير قصاصا كيف ما كان وهو قول زفر (وجه) قوله ان قبض رأس المال شرط والحاصل بالمقاصة ليس قبض حقيقة فكان الافتراق حاصل لا عن قبض رأس المال فبطل السلم (ولنا) ان العقد ينعدم موجبا للقبض حقيقة لولا المقاصة فاذا تقاضا تبين ان العقد انعدم موجبا قبضا بطريق المقاصة وقد وجد ونظيره ما قلنا في الزيادة في الثمن والمثلث انها جائزة استحسانا وتلتحق بأصل العقد لان الزيادة تبين ان العقد وقع على المزيد عليه وعلى الزيادة جميعا كذا هذا وان وجب بعقد متأخر عن السلم لا يصير قصاصا وان جعلاه قصاصا لا رواية عن أبي يوسف شاذة لان بالمقاصة لا تبين ان العقد وقع موجبا قبضا بطريق المقاصة من حين وجوده لان المقاصة تستدعي قيام دينين ولم يكن عند عقد السلم الدين واحد فانهقد موجبا حقيقة القبض وانه لا يحصل بالمقاصة هذا اذا وجب الدين بالعقد فأما اذا وجب بالقبض كالنصب

والقرض فانه يصير قصاصا سواء جملا له قصاصا أولا بعد ان كان وجوب الدين الاخر متأخرا عن العقد لان العقد ان انعقد موجبا قبضا حقيقة فقد وجد ههنا لكن قبض القصب والقرض قبض حقيقة فيجعل عن قبض رأس المال لانه واجب وقبض القصب محظور وقبض القرض ليس بواجب فكان ايقاعه عن الواجب أولى بخلاف ما تقدم لان هناك لم يوجد القبض حقيقة والقبض بطريق المقاصة يمكن في أحد الفصيلين دون الآخر على ما بينا والله عز وجل أعلم هذا اذا تساوى الدينان فاما اذا تفاضلا بان كان أحدهما أفضل والاخر أدون فرضي أحدهما بالقصاص وأبى الآخر فانه ينظر ان أبى صاحب الأفضل لا يصير قصاصا لان حقه في الجودة معصوم محترم فلا يجوز ابطاله عليه من غير رضاه وان أبى صاحب الادون يصير قصاصا لانه لما رضى به صاحب الأفضل فقد أسقط حقه عن الأفضل كانه قضى دينه فأعطاه أجود مما عليه وهناك يجبر على الاخذ كذا هذا والله سبحانه وتعالى أعلم وكذلك المقاصة في ثمن الصرف تخرج على هذه التفاصيل التي ذكرناها في رأس مال السلم فافهمم والله الموفق للصواب ثم ما ذكرنا من اعتبار هذا الشرط وهو قبض رأس المال حال بقاء العقد فأما بعد ايقاعه بطريق الاقالة أو بطريق آخر فقبحه ليس بشرط في مجلس الاقالة بخلاف القبض في مجلس العقد وقبض بدل الصرف في مجلس الاقالة انه شرط لصحة الاقالة كقبضهما في مجلس العقد (وجهه) الفرق أن القبض في مجلس العقد في البابين ما هو شرط لعينه وانما هو شرط للتعين وهو أن يصير البديل معيناً بالقبض صيانة عن الافتراق عن دين بدين على ما بينا ولا حاجة الى التعيين في مجلس الاقالة في السلم لانه لا يجوز استبداله فيعود اليه عينه فلا تقع الحاجة الى التعيين بالقبض فكان الواجب نفس القبض فلا يراعى له المجلس بخلاف الصرف لان التعيين لا يحصل الا بالقبض لان استبداله جائز فلا بد من شرط القبض في المجلس ليتعين والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما الذي يرجع الى المسلم فيه فأنواع أيضا (منها) أن يكون معلوم الجنس كقولنا حنطة أو شعير أو تمر (ومنها) أن يكون معلوم النوع كقولنا حنطة سقية أو نحسية تمر برنى أو فارسي هذا اذا كان مما يختلف نوعه فان كان مما لا يختلف فلا يشترط بيان النوع (ومنها) أن يكون معلوم الصفة كقولنا جيداً أو وسطاً أو ردياً (ومنها) أن يكون معلوم القدر بالكيل أو الوزن أو العدد والذرع لان جهالة النوع والجنس والصفة والقدر جهالة مفضية الى المنازعة وانها مفسدة للعقد وقال النبي عليه الصلاة والسلام من أسلم منكم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى أجل معلوم (ومنها) أن يكون معلوم التدر بكيل أو وزن أو ذرع يؤمن عليه فقد عني يدي الناس فان كان لا يؤمن فاسلم فاسد بان أعلم قدره بكيال لا يعرف عياره بان قال بهذا الاناء ولا يعلم كم يسع فيه أو بحجر لا يعرف عياره بان قال بهذا الحجر ولا يعلم كم وزنه أو بخشبة لا يعرف قدرها بان قال بهذه الخشبة ولا يعرف مقدارها أو بذراع يده ولو كان هذا في بيع العين بان قال بعتك من هذه الصبرة ملء هذا الاناء بدرهم أو من هذا الزيت وزن هذا الحجر بدرهم يجوز في ظاهر الرواية وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله انه لا يجوز في بيع العين أيضا كمالا يجوز في السلم وروى عن أبي يوسف انه كان يقول أولا لا يجوز ثم رجع وقال يجوز (وجهه) هذه الرواية ان هذا البيع مكايلة والعلم بمقدار المبيع في بيع المكايلة شرط الصحة ولم يوجد فيفسد كمالا باع قفزا من هذه الصبرة ولظاهر الرواية الفرق بين السلم وبين بيع العين (وجهه) الفرق بينهما وجهان أحدهما ان التسليم في باب السلم لا يجب عقيب العقد وانما يجب بعد محل الاجل فيحتمل أن يملك الاناء قبل محل الاجل وهذا الاحتمال ان لم يكن غالبا فليس بنادر أيضا واذا هلك يصير المسلم فيه مجهول القدر بخلاف بيع العين لانه يوجب التسليم عقيب العقد وهلاك القفيز عقيب العقد بلا فصل نادر والنادر ملحق بالعدم فلا يصير المبيع مجهول القدر والثاني ان القدرة على تسليم المبيع شرط انعقاد العقد ومحمته والقدرة على التسليم عند العقد فائتة في باب السلم لان السلم يبيع المالك وفي ثبوت القدرة عند محل الاجل شك قد ثبت وقد لا تثبت لانه ان بقي المكيال والحجر والخشبة ثبت وان لم يبق لا يقدر فوقع

الشك في ثبوت القدرة فلا تثبت بالشك على الاصل المجهود في غير الثابت يبين اذا وقع الشك في ثبوته انه لا يثبت بخلاف بيع العين لان هناك القدرة على التسليم ثابتة عند العقد وفي فواتها بالهلاك شك فلا تقوت بالشك على الاصل المجهود في الثابت يبين اذا وقع الشك في زواله انه لا يزول بالشك وأما قوله ان العلم بمقدار المبيع في بيع المكايلة شرط الصحة فنقول العلم بذلك لا يشترط لعينه بل لصيانة العقد عن الجهالة المفضية الى المنازعة وهذا النوع من الجهالة لا يفضي الى المنازعة لا مكان الوصول الى العلم بقدر المبيع بالكيل للمحال بخلاف بيع قفزان من الصبرة لان هناك لا طريق للوصول الى العلم بمقدار المبيع فالمشتري يطالبه بزيادة والبائع لا يعطيه فيتنازعا فكانت الجهالة مفضية الى المنازعة فهو الفرق بين الفصلين وقيل انما يجوز هذا في بيع العين اذا كان الاناء من خزف أو خشب أو حديد أو نحو ذلك لانه لا يمتثل الزيادة والنقصان وأما اذا كان مثل الزنبريل والجوايق والفرارة ونحو ذلك فلا يجوز لانه يمتثل الزيادة والنقصان والله سبحانه وتعالى أعلم ولو كان المسلم فيه مكايلا فاعلم قدره بالوزن المعلوم أو كان موزنا فاعلم قدره بالكيل المعلوم جاز لان الشرط كونه معلوم القدر بمقيار يؤمن بقدره وقد وجد بخلاف ما اذا باع المكيل بالمكيل وزنا أو الوزن يافي الوزن أو باع الموزون بالموزون ككيل متساو يافي الكيل انه لا يجوز ما يتساو يافي الكيل أو الوزن لان شرط جواز السلم كون المسلم فيه معلوم القدر والعلم بالقدر كما يحصل بالكيل يحصل بالوزن فأما شرط الكيل والوزن في الاشياء التي ورد الشرع فيها باعتبار الكيل والوزن في بيع العين ثبت نصا فكان بيعها بالكيل أو الوزن مجازة فلا يجوز أما في باب السلم باعتبار الكيل والوزن لمعرفة مقدار المسلم فيه وقد حصل والله عز وجل أعلم (ومنها) أن يكون مما يمكن أن يضبط قدره وصفته بالوصف على وجه لا يبقى بعد الوصف الاتفاوت يسير فان كان مما لا يمكن ويبقى بعد الوصف تفاوت فاحش لا يجوز السلم فيه لانه اذا لم يمكن ضبط قدره وصفته بالوصف يبقى مجهول القدر أو الوصف جهالة فاحشة مفضية الى المنازعة وانها مفسدة للعقد وبيان ذلك انه يجوز السلم في المكيلات والموزونات التي تحتل التعيين والعدديات المتقاربة أما المكيلات والموزونات فلانها ممكنة الضبط قدرها وصفة على وجه لا يبقى بعد الوصف بينه وبين جنسه ونوعه الاتفاوت يسير لانها من ذوات الامثال وكذلك العدديات المتقاربة من الجوز والبيض لان الجهالة فيها يسيرة لا تفضي الى المنازعة وصغير الجوز والبيض وكبيرهما سواء لانه لا يجري التنازع في ذلك القدر من التفاوت بين الناس عادة فكان ملحقا بالعدم فيجوز السلم فيها عدداً وكذلك كيلا وهذا عندنا وقال زفر لا يجوز (وجه) قوله ان الجوز والبيض مما يختلف ويتفاوت في الصغر والكبر حتى يشتري الكبير منها باكثر مما يشتري الصغير فأشبهه البطيخ والرمان (ولنا) ان التفاوت بين صغير الجوز وكبيره يسير اعرض الناس عن اعتباره فكان ساقط العبارة ولهذا كان مضمونا بالمثل عند الاتلاف بخلاف الرمان والبطيخ فان التفاوت بين أحادهم تفاوت فاحش ولهذا كان مضمونا بالقيمة (وأما) السلم في القلوس عدداً فجاز عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد لا يجوز بناء على ان القلوس اثمان عنده فلا يجوز السلم فيها كما لا يجوز السلم في الدراهم والدنانير وعندهما ثمنيتها ليست بلازمة بل تحتل الزوال لانها تثبت بالاصطلاح فتزول بالاصطلاح واقدام العاقدين على عقد السلم فيها مع علمهما أنه لا صحة للسلم في الاثمان اتفاق منهما على اخراجها عن صفة الثمنية فتبطل ثمنيتها في حق العاقدين سابقاً على العقد وتصير سلماً عديدة فيصح السلم فيها كما في سائر السلع العددية كالنصال ونحوها (وأما) الذرعات كالتياب والبسط والحصير والبوارى ونحوها فالقياس أن لا يجوز السلم فيها لانها ليست من ذوات الامثال لتفاوت فاحش بين ثوب وثوب ولهذا لم تضمن بالمثل في ضمان العدديات بل بالقيمة فأشبهه السلم في اللآلئ والجواهر الا اننا استحسننا الجواز لقوله عز وجل في آية الدين ولا تسأموا أن تكتبوه صغيراً أو كبيراً الى أجله والمكيل والموزون لا يقال فيه الصغير والكبير وانما يقال ذلك في الذرعات والعدديات ولان الناس تعاملوا السلم في الثياب لحاجتهم الى ذلك فيكون اجماعهم على الجواز فيترك القياس بما يلبته ولا نه اذا بين جنسه وصفته ونوعه

ورفعته وطوله وعرضه يتقارب التفاوت فيلحق بالمثل في باب السلم شرعاً لحاجة الناس ولا حاجة الى الالحاق بالمثل في باب الاستهلال لمع ما ان هذا الاعتبار غير سديد لانه قد يمتثل في المعاملات من التفاوت اليسير ما لا يمتثل مثله في الاتلافات فان الاب اذا باع مال ولده بغير يسير جاز ولا يضمن ولو أتلّف عليه شيئاً يسيراً من ماله يضمن فلا يستقيم الاستبدال هذا اذا سلم في ثوب الكرباس أو الكتان فاما اذا سلم في ثوب الحرير فهل يشترط فيه بيان الوزن بعد بيان الجنس والنوع والصفة والرفعة والطول والعرض ان كان مما يختلف قيمته باختلاف وزنه من القلة والكثرة بعد التساوي في الجنس والنوع والصفة والرفعة والطول والعرض يشترط لان بعد بيان هذه الاشياء تبقى جهالته مفضية الى المنازعة وان كان مما لا يختلف يجوز لان جهالة الوزن فيه لا تنفي الى المنازعة ولا يجوز السلم في العدييات المتفاوتة من الحيوان والجواهر والآلى والجوز والجلود والادم والرؤس والاركاك والطبخ والقضاء والرمان والسفرجل ونحوها من العدييات المتفاوتة لانه لا يمكن ضبطها بالوصف اذ يبقى بعد بيان جنسها ونوعها وصفها وقدرها جهالة فاحشة مفضية الى المنازعة لتفاوت فاحش بين جوهر وجوهر وأؤلؤ وأؤلؤ وحيوان وحيوان وكذا بين جلد وجلد ورأس ورأس في الصغر والكبر والسمن والهزال وقال الشافعي رحمه الله يجوز السلم في الحيوان (وجه) قوله ان المانع من الجواز هنا جهالة المسلم فيه وقد زالت ببيان الجنس والنوع والصفة والسن لان الحيوان معلوم الجنس والنوع والصفة فكان مضبوط الوصف والتفاوت فيما وراء ذلك لا يعتبر ولهذا وجب ديناً في الذمة في النكاح فاشبه الثياب (ولنا) ان بعد بيان هذه الاشياء يبقى بين فرس وفرس تفاوت فاحش في المالية فبقى جهالة مفضية الى المنازعة وانها مائة من ثمن العقد لما ذكرنا من الوجوه فيما قبل وقدرى عن ابن عباس رضى الله عنهما ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن السلم في الحيوان والسلف والسلم واحد في اللغة والاعتبار بالنكاح غير سديد لانه يتحمل جهالة لا يتحملها البيع ألا ترى أنه يصبح من غير ذكر البدل وبديل مجهول وهو مبرم المثل ولا يصح البيع الا ببدل معلوم فلا يستقيم الاستدلال ولا يجوز السلم في الثياب أحوالاً أو أوقاراً لان التفاوت بين الحمل والحمل والوقر والوقر مما يفحش الا اذا سلم فيه بقبان معلوم من قبائير التجار فلا يختلف فيجوز ولا يجوز السلم في الجملب حملاً ولا أوقاراً للتفاوت الفاحش بين حزمة وحزمة ووقر ووقر وكذا في القصب والحشيش والعيان اذا وصفه بوصف يعرف ويتقارب التفاوت فيجوز ويجوز السلم في اللبن والآجر اذا سمى ملبناً معلوماً لا يختلف ولا يتفاوت الا يسيراً وكذا في الطوايق اذا وصفها بوصف يعرف على وجهه لا يبقى بعد الوصف جهالة مفضية الى المنازعة لان الفساد للجهالة فاذا صار معلوماً بالوصف جاز وكذا في طشت أو مقمة أو خفين أو نحو ذلك ان كان يعرف بجوز وان كان لا يعرف لا يجوز لان المسلم فيه دين حقيقة والدين يعرف بالوصف فان كان مما يحصل تمام معرفته بالوصف بأن لم يتبق فيه جهالة مفضية الى المنازعة جاز السلم فيه والا فلا ولو استصنع رجل شيئاً من ذلك بغير أجل جاز استحساناً والسكلام في الاستصناع في مواضع في بيان جوازه انه جائز أم لا وفي بيان شرائط جوازه وفي بيان كيفية جوازه وفي بيان حكمه (أما) الاول فالقياس يأبى جواز الاستصناع لانه يبيع المعلوم كالسلم بل هو بعد جواز من السلم لان المسلم فيه يتحمله الذمة لانه دين حقيقة والمستصنع عين توجد في الثاني والاعيان لا يتحملها الذمة فكان جواز هذا العقد بعد عن القياس عن السلم وفي الاستحسان جاز لان الناس تعاملوه في سائر الاعصار من غير تكبر فكان اجماعاً منهم على الجواز فيترك القياس ثم هو يبيع عند عامة مشايخنا وقال بعضهم هو عدة وليس بسديد لان محمداً ذكر القياس والاستحسان في جوازه وذكر القياس والاستحسان لا يليق بالعداات وكذا ثبت خيار الرؤية للمستصنع وأنه من خصائص البيوع وكذا من شرط جوازه أن يكون فيما للناس فيه تعامل والعداات لا يتقيد جوازه بهذه الشرائط فدل ان جوازه جواز البياعات لا حواز العداات والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) شرائط جوازه (فهي) بيان جنس المستصنع ونوعه وقدره وصفته لانه مبيع فلا بد وأن يكون معلوماً والعلم انما يحصل بالاشياء (منها) أن يكون للناس فيه تعامل كالقنسوة

والخلف والآنية ونحوها فلا يجوز فيما لا تعامل لهم فيه كذا إذا أمر حائكاً أن يحول له ثوباً يزل نفسه ونحو ذلك مما لم تجر
 عادات الناس بالتعامل فيه لأن جوازه مع أن القياس ياباه ثبت بتعامل الناس فيختص بما لهم فيه تعامل ويبقى الأمر فيما
 وراء ذلك موكولاً إلى القياس (وأما) كيفية جوازه فهي أنه عقد غير لازم في حق كل واحد منهما قبل رؤية المستصنع
 والرضا به حتى كان للصانع أن يمتنع من الصنع وأن يبيع المصنوع قبل أن يراه المستصنع والمستصنع أن يرجع أيضاً
 لأن القياس أن لا يجوز أصلاً إلا أن جوازه ثبت استحساناً بخلاف القياس لحاجة الناس وحاجتهم قبل الصنع أو بعده
 قبل رؤية المستصنع والرضا به أقرب إلى الجواز دون اللزوم فيبقى اللزوم قبل ذلك على أصل القياس (وأما) حكم
 الاستصناع فحكمه في حق المستصنع إذا أتى الصانع بالمستصنع على الصفة المشروطة ثبوت ملك غير لازم في حقه
 حتى ثبت له خيار الرؤية إذا رآه أن شاء أخذه وإن شاء تركه وفي حق الصانع ثبوت ملك لازم إذا رآه المستصنع
 ورضى به ولا خيار له وهذا جواب ظاهر الرواية وروى عن أبي حنيفة أنه غير لازم في حق كل واحد منهما حتى يثبت
 لكل واحد منهما الخيار وروى عن أبي يوسف رحمه الله أنه لازم في حقهما حتى لا خيار لأحدهما للصانع ولا
 للمستصنع أيضاً (وجه) رواية أبي يوسف أن في إثبات الخيار للمستصنع إضراراً بالصانع لأنه قد أفسد متاعه وفري
 جلده وأتى بالمستصنع على الصفة المشروطة فلو ثبت له الخيار لتضرر به الصانع فيلزم دفعاً للضرر عنه (وجه) الرواية
 الأولى أن في اللزوم إضراراً بهما جميعاً أما إضرار الصانع فلما قال أبو يوسف وأما ضرر المستصنع فلأن الصانع متى لم
 يصنعه وانفق له مشتر يبيعه فلا تندفع حاجة المستصنع فيتضرر به فوجب أن يثبت الخيار له مادفعاً للضرر عنهما
 (وجه) ظاهر الرواية وهو إثبات الخيار للمستصنع لا للصانع أن المستصنع مشترياً لم يره لأن العقود عليه وهو
 المستصنع وإن كان معدوماً حقيقة لكنه جعل موجوداً شرعاً حتى جاز العقد استحساناً ومن اشترى شيئاً لم يره فهو
 بالخيار إذا رآه والصانع بائع شيئاً لم يره فلا خيار له ولأن الزام حكم العقد في جانب المستصنع إضراراً لأن من الجائر أن
 لا يلائمه المصنوع ولا يرضى به فلو لم يره وهو مطالب بثمنه فيحتاج إلى بيعه من غيره ولا يشتري منه بمثل قيمته فيتضرر
 به وليس في الإلزام في جانب الصانع ضرر لأنه إن لم يرض به المستصنع يبيعه من غيره بمثل قيمته وذلك ميسر عليه
 لكثرة ممارسته هذا إذا استصنع شيئاً ولم يضرب له أجلاً فاما إذا ضرب له أجلاً فإنه يتقلب سلماً عند أبي حنيفة فلا يجوز
 للبشرائط السلم ولا خيار لو أحدهما كافي السلم وعندهما هو على حاله استصناع وذكره الاجل للتعجيل ولو ضرب
 الاجل فيما لا تعامل فيه يتقلب سلماً بالاجماع (وجه) قولهما أن هذا استصناع حقيقة فلو صار سلماً إنما يصير بذلك
 المدة وأنه قد يكون للاستعجال كافي الاستصناع فلا يخرج عن كونه استصناعاً مع الاحتمال ولا يبي حنيفة أن الاجل
 في البيع من الخصائص اللازمة للسلم فذكره يكون ذكر السلم معنى وإن لم يذكره صريحاً كالكفالة بشرط براءة
 الاصيل إنما هوالة معنى وإن لم يأت بلفظ الحوالة وقوله ذكر الوقت قد يكون للاستعجال قلنا لو حمل على الاستعجال
 لم يكن مفيداً لأن التعجيل غير لازم ولو حمل على حقيقة التأجيل لكان مفيداً لأنه لازم فكان الحمل عليه أولى ولا
 يجوز السلم في اللحم في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد يجوز إذا بين جنسه ونوعه وصفته وقدره وسننه
 وموضعه لأن الفساد لمكان الجهالة وقد زالت ببيان هذه الأشياء ولهذا كان مضموناً بالمثل في ضمان العدوان ولا يبي
 حنيفة أن الجهالة تبقى بعد بيان ما ذكرناه من وجهين (أحدهما) من جهة الهزال والسمن (والثاني) من جهة قلة
 العظم وكثرته وكل واحدة منهما مفضية إلى المنازعة وقياس الوجه الثاني أنه لو أسلم في منزوع العظم يجوز وهو رواية
 الصكرخي عن أبي حنيفة رحمه الله وقياس الوجه الأول أنه لا يجوز كيف ما كان وهو ظاهر الرواية عن أبي
 حنيفة وهو الصحيح لأنه أن زالت الجهالة من إحدى الجهتين بقيت من جهة أخرى وهي جهالة السمن والهزال
 فكان المسلم فيه محمولاً فلا يصح السلم إلا أنه جعل مثلاً في ضمان العدوان وسقط اعتبار التفاوت فيه شرعاً تحقيقاً لمعنى
 الزجر من وجهه لأن ذلك لا يحصل بالقيمة لأن للناس رغائب في الاعيان ما ليس في قيمتها ويجوز السلم في الالية

والشحم وزنا لا نه لا تختلف بالسمن والهزال الا يسيرا بخلاف اللحم فان التفاوت بين غير السمين والسمين والمهزول وغير المهزول تفاوت فاحش (وأما) السلم في السمك فقد اختلفت عبارات الاصل في ذلك والصحيح أنه يجوز السلم في الصغار منه كيلا ووزنا ملحا كان أو طرا يبعد أن كان في حيزه لان الصغار منه لا يتحقق فيه اختلاف السمن والهزال ولا اختلاف العظم بخلاف اللحم عند أبي حنيفة وفي الكبار عن أبي حنيفة وايتسان في رواية لا يجوز طريا كان أو ملحا كالسلم في اللحم لا يختلفا بالسمن والهزال كاللحم وفي رواية يجوز كيف ما كان وزنا لان التفاوت بين سمينه ومهزوله لا يبعد تفاوتا عادة لقلته وعند أبي حنيفة ومحمد لا يجوز بخلاف اللحم عندهما والفرق لهما ان بيان الموضع من اللحم شرط الجواز عندهما وذلك لا يتحقق في السمك فاشبهه السلم في المسالخ والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) السلم في الخبز عددا فلا يجوز بالاجماع لتفاوت فاحش بين خبز وخبز في الصغر والكبر (وأما) وزنا فقد ذكر الكرخي أن السلم في الخبز لا يجوز في قولهم لتفاوت فاحش بين خبز وخبز في الخبز والخفة والثقيل فتبقى جهالة مفضية الى المنازعة ولان جواز السلم ثبت بخلاف القياس بتعامل الناس ولا تعامل في الخبز وذكر في نوادر ابن رستم أنه لا يجوز عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف يجوز (ومنها) أن يكون موجودا من وقت العقد الى وقت الاجل فان لم يكن موجودا عند العقد أو عند محل الاجل أو كان موجودا فيهما لكنه انقطع من أيدي الناس فيما بين ذلك كالثمار والقواكه واللبن واشباه ذلك لا يجوز السلم وهذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله الشرط وجوده عند محل الاجل لا غير (وجه) قوله ان اعتبار هذا الشرط وهو الوجود ليس لعينه بل للقدرة على التسليم فيعتبر وقت وجوب التسليم وذلك عند محل الاجل فاما قبل ذلك فالوجود فيه والعدم بمنزلة واحدة ونظير هذا في العقليات ما قلنا في استطاعة الفعل أنها مع الفعل لا تتقدمه لان وجوده للفعل فيجب وجودها عند الفعل لا سابقا عليه كذا هذا (ولنا) ان القدرة على التسليم ثابتة للحال وفي وجودها عند المحل شك لاحتمال الهلاك فان بقي حيا الى وقت المحل ثبتت القدرة وان هلك قبل ذلك لا ثبتت والقدرة لم تكن ثابتة فوقع الشك في ثبوتها فلا تثبت مع الشك ولو كان موجودا عند العقد ودام وجوده الى محل الاجل فحل الاجل ولم يقبضه حتى انقطع عن أيدي الناس لا يفسخ السلم بل هو على حاله صحيح لان السلم وقع صحيحا لثبوت القدرة على التسليم لكون المسلم فيه موجودا وقت العقد ودام وجوده الى محل الاجل الا أنه عجز عن التسليم للحال لعارض الاقطاع مع عرضية حدوث القدرة ظاهرا بالوجود فكان في بقاء العقد فائدة والعقد اذا انعقد صحيحا يبقى لفائدة محتملة الوجود والعدم على السواء كبيع الآبق اذا بق قبل القبض فلان يبقى لفائدة عود القدرة في الثاني ظاهرا أو لى لكن يثبت الخيار لرب السلم ان شاء فسخ العقد وان شاء انتظر وجوده لان الاقطاع قبل القبض بمنزلة تغير المعقود عليه قبل القبض وأنه يوجب الخيار ولو أسلم في حنطة حديثة قبل حدوثها لا يصح عندنا لانه أسلم في المنقطع وعلى هذا يخرج ما اذا أسلم في حنطة موضع أنه ان كان مملا يتوهم اقطاع طعامه جاز السلم فيه كما اذا أسلم في حنطة خراسان او العراق او فرغانة لان كل واحد منها اسم لولاية فلا يتوهم اقطاع طعامها وكذا اذا أسلم في طعام بلدة كبيرة كسمرقند وبخارى أو كاشان جاز لانه لا ينفد طعام هذه البلاد الا على سبيل الندرة والنادر ملحق بالعدم ومن مشايخنا من قال لا يجوز الا في طعام ولاية لان وهم الاقطاع فيها وراء ذلك ثابت والسلم عقد جواز بخلاف القياس لكونه بيع المعدوم فتجب صيانتة عن غرر الاقطاع ما أمكن والصحيح ان الموضع المضاف اليه الطعام وان كان مملا ينفد طعامه غالبا يجوز السلم فيه سواء كان ولاية أو بلدة كبيرة لان الغالب في أحكام الشرع ملحق بالمتيقن وان كان مملا لا يحتمل ان ينقطع طعامه فلا يجوز فيه السلم كأرض بعينها أو قرية بعينها لانه اذا احتمل الاقطاع لا على سبيل الندرة لا تثبت القدرة على التسليم لما ذكرنا لانه لا قدرة له للحال لانه يبيع المقاليس وفي ثبوت القدرة عند محل الاجل شك لاحتمال الاقطاع فلا تثبت القدرة مع الشك وقد روى ابن زيد بن شعبة لما أراد أن يسلم الى رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أسلم اليك في تمر نخلة بعينها فة ال عليه الصلاة والسلام أما في تمر نخلة

بعينها فلا وذكر في الاصل اذا أسلم في حنطة هراة لا يجوز وأراد قرية من قرى الفرات المسماة بهراة لانه مما يحتمل
 اقتطاع طعامه ثم لو أسلم في ثوب هراة ذكر شرائط السلم يجوز (ووجه) الفرق بينهما ظاهر لان اضافة الثوب الى
 هراة ذكر شرط من شرائط السلم لا جواز له بدونه وهو بيان النوع لا تخصيص الثوب بالمكان المذكور بدليل ان
 المسلم اليه لو أتى ثوب نسج في غير هراة لكن على صفة ثوب هراة يجبر رب السلم على القبول فاذا ذكر النوع وذكر
 الشرائط الاخر كان هذا عقداً استتبع شرائطه فيجوز فاما اضافة الطعام الى هراة فليس يفيد شرطاً لجواز السلم
 بدونه الا ترى أنه لو ترك الاضافة أصلاً جاز السلم بقيت الاضافة لتخصيص الطعام بموضع معين يحتمل اقتطاع
 طعامه فلم يجوز والله عز وجل أعلم (ومنها) أن يكون مما يتعين بالتعيين فان كان مما لا يتعين بالتعيين كالدرهم والدنانير لا يجوز
 السلم فيه لان المسلم فيه بيع لما روينا ان النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في
 السلم سمي السلم بيعاً فكان المسلم فيه مبيعاً والمبيع مما يتعين بالتعيين والدرهم والدنانير لا يتعين في عقود المعاوضات فلم
 تكن مبيعة فلا يجوز السلم فيها وهل يجوز السلم في التبر والتفرة والمصوغ فعلى رواية كتاب الصرف لا يجوز لانه
 جعلها بمنزلة الدرهم والدنانير المضروبة وعلى رواية كتاب المضاربة يجوز لانه جعلها بمنزلة العرض حيث لم يجوز
 المضاربة بها فتعين بالتعيين فكانت مبيعة فيجوز السلم فيها وعلى هذا أيضاً يخرج السلم في القلوس عدداً انه جائز عند أبي
 حنيفة رحمه الله وأبي يوسف لان القلوس مما يتعين بالتعيين في الجملة عندهما حتى يجوز بيع فلس بفلس باعيانها وعند
 محمد لا يجوز السلم فيها كما لا يجوز في الدرهم والدنانير لانها أثمان عنده ولهذا لم يجوز بيع واحد منها باثنين باعيانها
 ويجوز السلم في القماقم والاواني الصفرية التي تباع عدداً لانها تتعين بالتعيين فكانت مبيعة وان كانت تباع وزناً لا يجوز
 السلم فيها ما لم يعرف وزنها لانها مجهولة القدر والله عز وجل أعلم (ومنها) أن يكون مؤجلاً عندنا حتى لا يجوز السلم
 في الحال وعند الشافعي هذا ليس بشرط وسلم الحال جائز (وجه) قوله ان الاجل شرع نظر المسلم اليه
 تمكينه من الاكتساب فلا يكون لازماً كما في بيع العين (ولنا) ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
 انه قال من أسلم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى أجل معلوم أوجب عليه الصلاة والسلام مراعاة الاجل في
 السلم كما أوجب مراعاة القدر فيه فيدل على كونه شرطاً فيه كالقدر ولان السلم حالاً يفضي الى المنازعة لان السلم
 بيع المقاييس فالظاهر أن يكون المسلم اليه عاجزاً عن تسليم المسلم فيه ورب السلم يطلب التسليم فيتنازعان على وجه
 تقع الحاجة الى الفسخ وفيه الحاق الضرر برب السلم لانه سلم رأس المال الى المسلم اليه وصرفه في حاجته فلا يصل الى
 المسلم فيه ولا الى رأس المال فشرط الاجل حتى لا يملك المطالبة الا بعد حل الاجل وعند ذلك يقدر على التسليم ظاهراً
 فلا يؤدي الى المنازعة المقضية الى الفسخ والاضرار برب السلم ولانه عقد لم يشترع الا رخصة لكونه بيع ما ليس
 عند الانسان لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم فهذا الحديث
 يدل على أن بيع ما ليس عند الانسان لم يشترع الا رخصة وان السلم بيع ما ليس عند الانسان أيضاً على ما ذكرنا من
 قبل والرخصة في عرف الشرع اسم لما يغير عن الامر الاصلى بعارض عذر الى تخفيف ويسر كرخصة تناول الميتة
 وشرب الخمر بالاكره والمحمصة ونحو ذلك فالترخص في السلم هو تغيير الحكم الاصلى وهو حرمة بيع ما ليس عند
 الانسان الى الحل بعارض عذر العدم ضرورة الافلاس لحالة الوجود والقدرة لا يلحقها اسم قدرة الرخصة فيبقى
 الحكم فيها على العزيمة الاصلية فكانت حرمة السلم الحال على هذا التقرير مستفادة من النص كان ينبغي أن لا يجوز
 السلم من القادر على تسليم المسلم فيه للحال الا أنه صار مخصوصاً عن النهي العام فألحق بالعاجز عن التسليم للحال على اعتبار
 الاصل والحاق النادر بالعدم في أحكام الشرع والله سبحانه وتعالى الموفق للصواب (ومنها) أن يكون مؤجلاً
 بأجل معلوم فان كان مجهولاً فالسلم فاسد سواء كانت الجهة متفاحشة أو متقاربة لان كل ذلك يفضي الى المنازعة

وانها مفسدة للعقد لجهالة القدر وغيرها على ما ذكرنا (وأما) مقدار الاجل فلم يذكر في الاصل وذكر الكرخي ان تقدير الاجل الى العاقلين حتى لو قدر ان نصف يوم جاز وقال بعض مشايخنا أقله ثلاثة أيام فياسا على خيار الشرط وهذا القياس غير سديد لان أقل مدة الخيار ليس بمقدور الثلاث أكثر المدة على أصل أبي حنيفة فلا يستقيم القياس وروى عن محمد انه قدر بالشهر وهو الصحيح لان الاجل انما شرط في السلم ترفيها وتيسيرا على المسلم اليه ليتمكن من الاكتساب في المدة والشهر مدة معتبرة يمكن فيها من الاكتساب فيتحقق معنى الترفيه فأما مادونه ففي حد القلة فكان له حكم الحلول والله عز وجل أعلم ولومات المسلم اليه قبل الاجل حل الدين وكذلك كل دين مؤجل سواء اذامات من عليه الدين والاصل في هذا ان موت من عليه الدين يبطل الاجل وموت من له الدين لا يبطل لان الاجل حق المدينون لاحق صاحب الدين فتعتبر حياته وموته في الاجل وبطلانه والله عز وجل أعلم (ومنها) بيان مكان إيفائه اذا كان له حمل ومؤنة عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد ليس بشرط وعلى هذا الخلاف بيان مكان الاجرة في الاجارات اذا كان لها حمل ومؤنة وعلى هذا الخلاف اذا جعل المكيل الموصوف أو الموزون الموصوف ثمنًا في بيع العين انه لا بد من بيان مكان التسليم عنده خلافا لهما كذا أطلقه الكرخي ولم يفصل بين ما اذا كان مؤجلا أو غير مؤجل ومن أصحابنا من فرقوا فقالوا اذا كان حالًا يتعين مكان العقد للتسليم بالاجماع وحاصل الاختلاف راجع الى مكان العقد هل يتعين للايفاء عنده لا يتعين وعند هاتين لان اذا لم يتعين مكان العقد للايفاء عنده ولم يوجد منهما تعيين مكان آخر بقي مكان الايفاء مجهولا جهالة مفضية الى المنازعة فيفسد العقد ولما تعين مكان العقد للايفاء عندهما صار مكان الايفاء معلوما فيصح (وجه) قولهما ان سبب وجوب الايفاء هو العقد والعقد وجد في هذا المكان فيتعين مكان العقد لوجوب الايفاء فيه كما في بيع العين اذا كان المسلم فيه شيئا له حمل ومؤنة فانه يتعين مكان العقد لوجوب الايفاء فيه لما قلنا كذا هذا (ولا بي حنيفة رحمه الله) أن العقد وجد مطلقا عن تعيين مكان فلا يتعين مكان العقد للايفاء والدليل على اطلاق العقد عن تعيين مكان الحقيقة والحكم (أما) الحقيقة فلا نه لم يوجد ذكر المكان في العقد نصا فالقول بتعيين مكان العقد شرعا من غير تعيين العاقلين تقييد المطلق فلا يجوز الابدليل (وأما) الحكم فان العاقلين لو عينا مكانا آخر جاز ولو كان تعيين مكان العقد من مقتضيات العقد شرعا لكان تعيين مكان آخر تغييرا لمقتضى العقد وانه يعتبر فيه حكم الشرع فينبغي أن لا يجوز واذا لم يتعين مكان العقد للايفاء بقي مكان الايفاء مجهولا جهالة مفضية الى المنازعة لان في الاشياء التي لها حمل ومؤنة تختلف باختلاف الامكنة لما يلزم في حملها من مكان الى مكان آخر من المؤنة فيمتنازعا (وأما) قولهما سبب وجوب التسليم هو العقد في هذا المكان قلنا ليس كذلك فان العقد قائم بالعاقلين لا بالمكان فلم يوجد العقد في هذا المكان وانما هذا مكان المتعاقدين على أن العقد ليس بسبب وجوب التسليم للحال وانما يصير سببا عند حل الاجل مقصورا عليه وعند ذلك مكان العاقلين ليس بمتحد بل مختلف فيمتنازعا (وأما) المسلم فيه اذا لم يكن له حمل ومؤنة فمن أبي حنيفة فيه روايتان في راية لا يتعين مكان العقد هناك ايضا وهو رواية كتاب الاجارات ويوفيه في أي مكان شاء وهذا لا يوجب الفساد لان الفساد ههنا مكان الجهالة المفضية الى المنازعة لا اختلاف القيمة باختلاف الامكنة وما لا حمل له ولا مؤنة لا تختلف قيمته باختلاف الاماكن فلم تكن جهالة مكان الايفاء مفضية الى المنازعة وفي رواية يتعين مكان العقد للايفاء وهو قول أبي يوسف ومحمد وهو رواية الجامع الصغير ورواية البيوع من الاصل ومن مشايخنا من أول هذه الرواية وقال هي معنى قوله يوفيه في المكان الذي أسلم فيه اذا لم يتنازعا فاذا تنازعا يأخذه بالتسليم حيث ما لقيه ولو شرط رب السلم التسليم في بلد أو قرية فحيت سلم اليه في ذلك الموضع فهو جائز وليس لرب السلم ان يتخير مكانا لان المشرط هو التسليم في مكان منه مطلقا وقد وجد وان سلم في غير المكان المشرط فرب السلم ان يأبى لقوله عليه الصلاة والسلام المسلمون عند شروطهم فان أعطاه على ذلك أجر لم يحزله أخذ الاجر عليه لانه لما قبض المسلم فيه فقد تعين ملكه في المقبوض فتبين انه أخذ الاجر على

فقل ملك نفسه فلم يجز فإلا جروله أن يرد المسلم فيه حتى يسلم في المكان المشروط لأن حقه في التسليم فيه ولم يرض ببطلان حقه إلا بعوض ولم يسلم له فبقى حقه في التسليم في المكان المشروط وهذا بخلاف ما إذا صالح الشفيع من الشفعة التي وجبت له على مال أنه لا يصح الصلح ويسقط حقه في الشفعة وعليه رد بدل الصلح وإذا رده لا يعود حقه في الشفعة لأنه ليس للشفيع حق ثابت في الحل قبل التملك بالشفعة وإنما له حق أن يملك وهذا ليس بحق ثابت في الحل فلا يحتمل الاعتياض وبطل حقه من الشفعة بأعراضه عن الطلب بأسقاطه صريحا ولرب السلم حق ثابت في التسليم في المكان المشروط فإذا لم يصح الاعتياض عنه التحق الاعتياض بالعدم وبقي الحق على ما كان والذي يدل على التفرقة بينهما أنه لو قال أسقطت حتى في الشفعة يسقط ولو قال أسقطت حتى في التسليم في ذلك المكان لا يسقط والله عز وجل أعلم

فصل وأما الذي يرجع إلى البدلين جميعا فهو أن لا يجمعهما أحد وصفي علة بالفضل وذلك إما الكيل وإما الوزن وإما الجنس لأن أحد وصفي علة بالفضل هو علة بالنساء فإذا اجتمع أحدهما في الوصفين في البدلين يتحقق بالنساء والعقد الذي فيه ربا فاسد وعلى هذا يخرج اسلام المكيل في المكيل أو الموزون في الموزون والمكيل في الموزون والموزون في المكيل وغير المكيل والموزون بجنسهما من الثياب والعديدات المتقاربة وقد ذكرنا جملة ذلك وتفصيله فيما تقدم في مسائل بالنساء والله تعالى الموفق

فصل وأما بيان ما يجوز من التصرف في المسلم فيه وما لا يجوز فتقول وبالله التوفيق لا يجوز استبدال المسلم فيه قبل قبضه بأن يأخذ رب السلم مكانه من غير جنسه لما ذكرنا أن المسلم فيه وإن كان دينافه مبيع ولا يجوز بيع المبيع المنقول قبل القبض ويجوز الإبراء عنه لأن قبضه ليس بمستحق على رب السلم فكان هو بالإبراء متصرفا في خالص حقه بالاستقاط فله ذلك بخلاف الإبراء عن رأس المال لأنه مستحق القبض حقا للشرع فلا يملك إسقاطه بنفسه بالإبراء على ما ذكرنا ونحو الحوالة بالمسلم فيه لوجود ركن الحوالة مع شرائطه وكذلك الكفالة به لما قلنا إلا أن في الحوالة يبرأ المسلم إليه وفي الكفالة لا يبرأ ورب السلم بالخيار أن شاء طالب المسلم إليه وإن شاء طالب الكفيل لأن الحوالة مبرئة والكفالة ليست بمبرئة إلا إذا كانت بشرط براءة المكفول عنه لأنها حوالة بمعنى على ما ذكرنا ولا يجوز لرب السلم الاستبدال مع الكفيل كما لا يجوز ذلك مع المسلم إليه لأنه كفيل بما على المسلم إليه لا بد من آخر الدين واحد وإنما تعددت المطالبة بالكفالة وهو الصحيح على ما يجبي في كتاب الكفالة ويجوز للكفيل أن يستبدل مع المسلم إليه عند الرجوع فيأخذ بدل ما أدى إلى رب السلم لأن الكفالة إذا كانت بامر المكفول عنه كانت اقراضا واستقرارا كان الكفيل اقراض المسلم إليه واستبدال القرض قبل القبض جائز ويجوز الرهن بالمسلم فيه لأنه دين حقيقة والرهن بالدين أي دين كان جائزا والاقالة جائزة في المسلم فيه كما يجوز في بيع العين لقوله عليه الصلاة والسلام من أقال نادما أقال الله عز وجل يوم القيامة مطلقا من غير فصل ولأن الاقالة في بيع العين إنما شرعت نظر للعاقدين دفعا لحاجة الندم واعتراض الندم في السلم ههنا أكثر لأنه يبيع باوكس الاثمان فكان أدعى إلى شرع الاقالة فيه ثم جملة الكلام في الاقالة في السلم أنه لا يخلو إما أن تقايلا السلم في كل المسلم فيه وإما أن تقايلا في بعض دون بعض فإن تقايلا في كل المسلم فيه جازت الاقالة لما قلنا سواء كانت الاقالة بعد حل الاجل أو قبله لأن نص الاقالة مطلق لا يفصل بين حال وحال وكذا جواز اعتراض الندم قائم في الحالين وسواء كان رأس المال قائما في يد المسلم إليه أو هالكاً أما إذا كان قائما فلا شك فيه وكذا إذا كان هالكاً لأن رأس مال السلم ثمن والمبيع هو المسلم فيه وقيام الثمن ليس بشرط لصحة الاقالة إنما الشرط قيام المبيع وقد وجد ثم إذا جازت الاقالة فإن كان رأس المال مما يتعين بالتعيين وهو قائم فعلى المسلم إليه رد عينه إلى رب السلم لقوله عليه الصلاة والسلام من وجد عين ماله فهو أحق به وإن كان هالكاً فإن كان ماله مثل فعليه رد مثله وإن كان مما لا مثل له فعليه رد قيمته وإن كان رأس المال مما لا يتعين بالتعيين فعليه رد مثله هالكاً

كان أوقافاً لأنه قبضه عن عقد صحيح وكذلك إذا قبض رب السلم المسلم فيه ثم تقايلاً والمقبوض قائم في يده جازت
 الاقالة وعلى رب السلم رد عين ما قبض لأن المقبوض في يده بعد السلم كأنه عين ما ورد عليه عقد السلم ألا ترى أنه يجوز
 لرب السلم أن يبيع المقبوض مراحجة على رأس المال وإن تقايلاً السلم في بعض المسلم فيه فإن كان بعد حل الاجل
 جازت الاقالة فيه بقدره إذا كان الباقي جزءاً معلوماً من النصف والثلث ونحو ذلك من الاجزاء المعلومة لما ذكرنا أن
 الاقالة شرعت نظر أوفى اقالة البعض دون البعض ههنا نظر من الجانبين لأن السلم يبيع بأجنس الاثمان لهذا سماه ابن
 عباس رضي الله عنهما حسناً جميلاً فقال رضي الله عنه ذلك المعروف الحسن الجميل والسلم في الباقي إلى أجله عند عامة
 العلماء وقال ابن أبي ليلى يفسخ العقد في الكل والصحيح قول العامة لأن الاقالة وجدت في البعض لا في الكل فلا
 توجب انقضاء العقد في الكل لأن الحكم يثبت بقدر العلة هذا هو الاصل وإن كان قبل حل الاجل ينظر إن لم يشترط
 في الاقالة تمجيل الباقي من السلم جازت الاقالة أيضاً والسلم في الباقي إلى أجله وإن اشترط فيها تمجيل الباقي لم يصح
 الشرط والاقالة صحيحة (أما) فساد الشرط فلا لأنه اعتياض عن الاجل وأنه لا يجوز زلن الاجل ليس بمال فلا
 يجوز الاعتياض عنه (وأما) صحة الاقالة فلا لأن الاقالة لا تبطلها الشرط والفاسدة فبطل الشرط وصحت الاقالة وهذا
 على قياس قول أبي حنيفة ومحمد لأن الاقالة عندهما فسخ (وأما) على قياس قول أبي يوسف فبطلت الاقالة والسلم
 على حاله إلى أجله لأن الاقالة عنده يبيع جديد والبيع تبطله الشرط والفاسدة والله عز وجل أعلم (ومنها) قبض
 البدلين في بيع الدين بالدين وهو عقد الصرف والكلام في الصرف في الاصل في موضعين أحدهما في تفسير الصرف
 في عرف الشرع والثاني في بيان شرائطه (أما) الاول فالصرف في متعارف الشرع اسم لبيع الاثمان المطلقة بعضها
 ببعض وهو بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة واحداً الجنس بالآخر فاحتمل تسمية هذا النوع من البيع صرفاً
 لمعنى الرد والنقل يقال صرفته عن كذا إلى كذا اسمى صرفاً لا اختصاصه برد البدل وتقله من يد إلى يد ويحتمل أن تكون
 التسمية لمعنى الفضل اذ الصرف يذكر بمعنى الفضل كما روى في الحديث من فعل كذا لم يقل الله منه صرفاً ولا عدلاً
 فالصرف الفضل وهو النافلة والعدل القرض سمي هذا العقد صرفاً لطلب التاجر الفضل منه عادة لما يرغب في عين
 الذهب والفضة

فصل في شرائط قبض البدلين قبل الافتراق لقوله عليه الصلاة والسلام في الحديث المشهور
 والذهب بالذهب مثلاً بمثل يدا بيد والفضة بالفضة مثلاً بمثل يدا بيد وروى عن أبي سعيد الخدري أن رسول الله صلى
 الله عليه وسلم قال لا تبعوا الورق بالورق الا مثلاً بمثل ولا تسعوا بعضهم على بعض ولا تبيعوا منها شيئاً غائباً بناجز
 وروى عن عبد الله بن سيدنا عمر عن أبيه رضي الله عنهما أنه قال لا تبيعوا الذهب بالذهب الا مثلاً بمثل ولا تبيعوا
 الورق بالورق الا مثلاً بمثل ولا تبيعوا الذهب بالورق أحدهما غائب والآخر ناجز وإن استنظر حتى يلج بيته فلا
 تنظره إنى أخاف عليكم الرماة أي الرافدلت هذه النصوص على اشتراط قبض البدلين قبل الافتراق وتفسير
 الافتراق هو أن يفترق العاقدان بايديهما عن مجلسهما فيأخذ هذا في جهة وهذا في جهة أو يذهب أحدهما ويبقى
 الآخر حتى لو كانا في مجلسهما لم يبرحاهما لم يكونا مفترقين وإن طال مجلسهما لا نعدام الافتراق بايديهما وكذا إذا ناما في
 المجلس أو أغشى عليهما ما قلنا وكذا إذا قاما عن مجلسهما فذهبا معاً في جهة واحدة وطريق واحدة ومشياً ميلاً أو
 أكثر ولم يفارق أحدهما صاحبه فليسا بمفترقين لأن العبرة لفترق الابدان ولم يوجد فرق بين هذا وبين خيار الخيرية
 إذا قامت عن مجلسها أو اشتغلت بعمل آخر يخرج الامر من يدها لأن خيار الخيرية يبطل بالأعراض عما فوض
 اليها والقيام عن المجلس أو الاشتغال بعمل آخر دليل الأعراض وههنا لا عبرة بالأعراض إنما العبرة للافتراق بالابدان
 ولم يوجد وروى عن محمد أنه ألحق هذا بخيار الخيرية حتى لو نام طويلاً أو وجد ما يدل على الأعراض يبطل الصرف
 كالخيار وروى عن محمد في رجل له على انسان ألف درهم وكذلك الرجل عليه خمسون ديناراً فأرسل اليه رسولا فقال

بعتك الدنانير التي لي عليك بالدرهم التي لك على وقال قبلت فهو باطل لأن حقوق العقد لا تتعلق بالرسول بل بالمرسل وهما مفترقان بأبدانهم وكذلك لو نادى أحدهما صاحبه من وراء جدار أو ناداه من بعيد لم يحز لانهم ما مفترقان بأبدانهم عند العقد بخلاف البيع المطلق اذا أرسل رسولاً الى انسان فقال بعت عبدى الذي في مكان كذا منك بكذا فقبل ذلك الرجل فالبيع جائز لأن التقابض في البيع المطلق ليس بشرط لصحة العقد ولا يكون الافتراق مفسداً له ثم المعتبر افتراق المتعاقدين سواء كانا مالكيين أو نائبين عنهما كالأب والوصى والوكيل لأن القبض من حقوق العقد وحقوق العقد تتعلق بالأبدان فيعتبر افتراقهما ثم انما يعتبر التفرق بالأبدان في موضع يمكن اعتباره فان لم يمكن اعتباره يعتبر المجلس دون التفرق بالأبدان بأن قال الأب اشهدوا اني اشتريت هذا الدينار من ابني الصغير بعشرة دراهم ثم قام قبل أن يزن العشرة فهو باطل كذا روى عن محمد لأن الأب هو العاقد فلا يمكن اعتبار التفرق بالأبدان فيعتبر المجلس والله سبحانه وتعالى أعلم ثم يبيع الجنس بالجنس وبخلاف الجنس كالذهب بالفضة سواء لا يختلفان في حكم القبض لأن كل ذلك صرف فيشترط فيه التقابض وانما يختلفان في جواز التفاضل وعدمه فلا يجوز التفاضل عند اتحاد الجنس ويجوز عند الاختلاف ولكن يجب التقابض اتحاد الجنس واختلاف لما ذكرنا من الدلائل ولو تصارفا ذهباً بذهب أو فضة بفضة مثلاً بمثل وتقابضاً وتفرقاً ثم زاد أحدهما صاحبه شيئاً أو حط عنه شيئاً وقبل الآخر فسد البيع عند أبي حنيفة وأبي يوسف الزيادة والخط باطلان والعقد الأول صحيح وعند محمد الزيادة باطلة والخط جائز بمنزلة الهبة المستقبلية واختلافهم في هذه المسئلة فرغ اختلافهم في أصل ذكرناه فيما تقدم وهو أن الشرط الفاسد المتأخر عن العقد في الذكر اذا الحق به هل يلتحق به أم لا فمن أصل أبي حنيفة فيه أنه يلتحق باصل العقد وفسد العقد والزيادة والخط يلتحقان باصل العقد على أصل أصحابنا كان العقد ورد على المزد عليه والزيادة جميعاً فيتحقق التفاضل والجنس متحد فيتحقق الربا فكانت الزيادة والخط بمنزلة شرط فاسد ملتحق بالعقد فيتأخر عنه فيلتحق به وبوجوب فساده ومن أصل أبي يوسف ومحمد أن الشرط الفاسد المتأخر عن العقد لا يلتحق بالعقد فطرد أبو يوسف هذا الأصل وقال تبطل الزيادة والخط جميعاً ويبقى البيع الأول صحيحاً ومحمد فرق بين الزيادة والخط وقال الزيادة باطلة والخط جائز لأن الزيادة لو سحت لا تلحق باصل العقد فيوجب فساده فبطلت الزيادة وليس من شرط صحة الخط أن يلتحق بالعقد الا ترى أنه لو حط جميع الثمن صح ولا يلتحق اذ لو التحق لكان البيع واقعا بلا ثمن فيجعل حط المال بمنزلة هبة مستأثفة ولو تبايعا الجنس بخلاف الجنس بان تصارفا دينارا بعشرة دراهم ثم زاد أحدهما صاحبه درهما وقبل الآخر أو حط عنه درهما من الدينار جازت الزيادة والخط بالاجماع لأن المانع من الجواز والالتحاق تحقق الربا واختلاف الجنس يمنع تحقق الربا لأن في الزيادة يشترط قبضها قبل الافتراق حتى لو افتراق قبل القبض بطل البيع في حصص الزيادة لأن الزيادة لما التحقت باصل العقد صار كان العقد ورد على الزيادة والأصل جميعاً إلا أنه جاز التفاضل لا اختلاف الجنس فاذا لم يقبض الزيادة قبل الافتراق بطل العقد بقدرها (وأما) الخط فجائز سواء كان قبل التفرق أو بعده لأن الخط وان كان يلتحق باصل العقد فيؤدى الى التفاضل لكن التفاضل عند اختلاف الجنس جائز ولا زيادة هنا حتى يشترط قبضها فصيح الخط ووجب عليه رد المخطوط لأن المخطئ التحق باصل العقد تبين أن العقد لم يقع على قدر المخطوط من الابتداء فيجب رده ولو حط مئتين الدينار قيراطاً منه فبائع الدينار يكون شريكاً له في الدينار لأنه تبين أن العقد وقع على مائتي القيراط ولو اشترى سيفاً بمائة درهم وحليته خمسون درهما بمائة درهم وتقابضاً ثم زاده ديناراً في الثمن دفعه اليه قبل أن يفارقه أو بعد ما فارقه يجوز كذا روى عن محمد وتصرف الزيادة الى النصل والجنين والحائل لانها تلحق باصل العقد فصارت كان العقد ورد على الأصل والزيادة جميعاً ولو كان كذلك لكان الامر على ما وصفنا كذا هذا بخلاف بيع المراجعة فإنه يقسم على جميع الثمن لما ذكر في مسائل المراجعة وسواء كان دينارين وهو الدرهم والدنانير أو عيناً بعين وهو التبر والمصوغ أو دينار بعين وهو الدرهم والدنانير بالتبر والمصوغ لأن ما ذكرنا من الدلائل لا يوجب الفصل بين الدين والعين

وسواء كان مفرداً أو مجموعاً مع غيره كما إذا باع ذهباً أو ثوباً بفضة مفردة لأن الفضة تنقسم على الذهب والثوب فقابل الذهب يكون صرفاً فيشترط فيهما القبض وما يقابل الثوب يكون بيعاً مطلقاً فلا يشترط فيه القبض وكذا إذا باع ذهباً و ثوباً بذهب والذهب أكثر حتى جاز البيع أنه في حصة الذهب يكون صرفاً وفي حصة الثوب يكون بيعاً مطلقاً وكذا إذا باع سيفاً بحلي بالفضة مفردة أو منطقة مفضضة أو لجاماً أو سرجاً أو سكيناً مفضضة أو جارية على عنقها طوق فضة بفضة مفردة والفضة المفردة أكثر حتى جاز البيع كان حصة الفضة صرفاً وإراعى فيه شرائط الصرف وبحصة الزيادة التي هي من خلاف جنسها بيعاً مطلقاً فلا يشترط له ما يشترط للصرف فإن وجد التقابض وهو القبض من الجانبين قبل التفرق بالابتنان تم الصرف والبيع جميعاً وإن لم يوجد أو وجد القبض من أحد الجانبين دون الآخر بطل الصرف لوجود الافتراق من غير قبض وهل يبطل البيع المطلق ينظر إن كانت الفضة المجموعة مع غيرها يمكن فصلها وتخليصها من غير ضرر كالجارية مع الطوق وغير ذلك فالبيع جائز وفساد الصرف لا يتعدى إلى البيع لأنه إذا أمكن تخليصها من غير ضرر جاز لهما شيئاً منفصلاً ولهذا جاز بيع أحدهما دون الآخر ابتداءً فلان يبقى جائزاً ابتداءً وأولى لأن البقاء أسهل من الابتداء وإن كان لا يمكن فصلها وتخليصها إلا بضرر بطل البيع أيضاً لأنه يبيع ما لا يمكن تسليمه إلا بضرر وأنه لا يجوز ابتداء كبيع الجنع في السقف ونحو ذلك فكذا في حالة البقاء فإذا بطل العقد في قدر الصرف يبطل في البيع أيضاً والله عز وجل أعلم هذا إذا انعقد العقد على الصحة ثم فسد في قدر الصرف بطريان الفساد عليه وهو الافتراق من غير تقابض فأما إذا انعقد على الفساد من الابتداء بان شرط الخيار أو أدخلا الاجل فيه لم يصح الصرف بالاجماع وهل يصح البيع المطلق اختلف فيه قال أبو حنيفة عليه الرحمة لا يصح سواء كان يتخلص من غير ضرر أو لا يتخلص الا بضرر وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله هذا والاول سواء كان يتخلص من غير ضرر يصح وإن كان لا يتخلص الا بضرر لا يصح وكذا إذا اشترى ديناراً بعشرة دراهم نسيئة ثم قد بعض العشرة دون البعض في المجلس فسد الصرف في الكل عنده وعندهما يصح بقدر ما قبض وهذا بناء على أصل مختلف بينهم وهو ان الصفقة اذا اشتملت على الصحيح والفساد يتعدى الفساد الى الكل عنده وعندهما لا يتعدى فهما سوا بين الفساد الطارىء والمقارن وأبو حنيفة فرق بينهما (وجه) الفرق ما ذكرنا من قبل ان الفساد اذا كان مقارناً يصير قبول العقد في الفساد شرط قبول العقد في الآخر وهذا شرط فاسد فيؤثر في الكل ولم يوجد هذا المعنى في الطارىء فاقصر الفساد فيه على قدر الفساد ثم اذا كانت الفضة المفردة فيه أكثر ولم يوجد فيه شرط الخيار ولا الاجل حتى جاز العقد ثم قد قدر الفضة المجموعة من المفردة دون غيرها وقرع قبض من الجانبين بان باع سيفاً بحللاً بمائة درهم وحليته خمسون فنقدته المشتري خمسين فالتقدر المتقود من الفضة المفردة يقع عن الصرف حتى لا يبطل بالافتراق أو عن البيع حتى يبطل الصرف بالافتراق من غير قبض فهذا لا يخلو من خمسة أوجه إما ان ذكر أن المتقود من ثمن الحلية وإما ان ذكر أنه من ثمن الجفن والنصل وإما ان ذكر أنه من ثمنهما جميعاً وإما ان ذكر أنه من ثمن السيف وإما ان سكت ولم يذكر شيئاً فان ذكر أنه من ثمن الحلية يقع عنها ويجوز الصرف والبيع جميعاً وهذا ظاهر وكذا اذا ذكر أنه من ثمنهما فانه يقع عن الحلية أيضاً وجاز البيع والصرف لان قبض التصرف مستحق حقاً للشرع وقبض البيع ليس بمستحق فيصرف الى جهة الاستحقاق ويمكن إيقاع المتقود كله عن هذه الجهة وإن أضافه اليها لان ذكر شيئين على ارادة أحدهما جائز في اللغة قال الله تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان وإنما يخرج من أحدهما وهو المالح وكذا اذا لم يذكر شيئاً يقع عن الصرف لان أمور المسلمين محمولة على الصحة والساد ما أمكن وذلك فيما قلنا لان قبض حصة الحلية مستحق فعند الاطلاق يصرف الى جهة الاستحقاق وكذا اذا ذكر أنه من ثمن السيف يقع عن الحلية لان الحلية تدخل في اسم السيف وإن ذكر أنه من ثمن الجفن والنصل ينظر ان أمكن تخليص الفضة من غيرها من غير ضرر يقع عن ثمن المذكور ويبطل الصرف بالافتراق قبل القبض لانه قصد جواز البيع وصرف بفساد الصرف وإذا أمكن

تخليصهما من غير ضرر أمكن القول بجواز البيع مع فساد الصرف ألا ترى أنه يجوز بيع السيف باقراده فيجوز البيع ويبطل الصرف وإن لم يمكن تخليصها إلا بضرر فالمنقود يقع عن ثمن الصرف ويجوز البيع والصرف جميعا لأنه قصد جواز البيع ولا يجوز إلا بجواز الصرف لأن بيع السيف بدون الحلية لا يجوز إذ لم يمكن تخليصهما من غير ضرر فإن أمكن تخليصهما من غير ضرر فيجوز أن جميعا والله عز وجل أعلم وكذلك في السيف المحلى إذا لم يكن من جنس الحلية فإن كانت حلية السيف ذهباً اشتراه مع حليته بفضة مفردة فخكه وحكم الجنس سواء في جميع ما وصفنا لهما في حكم القبض وما يتعلق به لا يختلفان وقد ذكرنا جملة ذلك وتفصيله على الاتفاق والاختلاف وعلى هذا يخرج الأبراء عن بدل الصرف وهبته من عليه والتصدق به عليه أنه لا يصح بدون قبوله وإن قبل انتقض الصرف وإن لم يقبل لم يصح ويبقى الصرف على حاله لأن قبض البدل مستحق والأبراء عن الدين إسقاطه والدين بعد ما سقط لا يتصور رقبضه فكان الأبراء عن البدل جعل البدل بحال لا يتصور رقبضه فكان في معنى الفسخ فلا يصح إلا بتراضيهما كصرح الفسخ وإذا لم يصح بقبض الصرف على حاله فيتم بالتقابض قبل الافتراق بأدائهما ولو أوى المبرى أو الواهب أو المتصدق أن يأخذ ما برأ أو وهبه أو تصدق بحجر على القبض لأنه لا يمنع عن القبض يريد فسخ العقد وأحد العاقلين لا يفرد بالفسخ وعلى هذا يخرج الاستبدال ببديل الصرف أنه لا يجوز والصرف على حاله يقبض البدل قبل الافتراق ويتم العقد لأن قبض البدل شرط بقاء العقد على الصحة وبالأستبدال يفوت قبضه حقيقة لأنه يقبض بدله وبدله غيره وقال زفران الاستبدال جائز لأن الشراء لا يقع بعين ما في الذمة لأن ما في الذمة من الدراهم لا يحتمل التعيين بخلافه فكان مشترى يمثله ما في الذمة فيجب لمن عليه الدين في ذمة المشتري دراهم مثل ما في ذمته في النوع والصفة فلا يفوت قبض البدل بالاستبدال بل يصير قابضاً بطريق المعاوضة فيصح الاستبدال (والجواب) عنه أن الدراهم والدنانير وإن كانت لا تعين بالعقد ولكنها تعين بالقبض وقبضها واجب بالمقاصة يفوت القبض حقيقة فلم تصح المقاصة فبقى الشراء إسقاطاً للقبض المستحق حقاً للشرع فلا يصح الشراء وبقي الصرف صحيحاً موقوفاً بقاءه على الصحة على القبض قبل الافتراق وإن أعطاه صاحبه دراهم أجوداً أو أردأ من حقه فرضى به والمقبوض مما يجزى مجزى الدراهم الواجبة بالعقد في المعاوضات بين الناس جاز لا من المقبوض من جنسه أصلاً وإنما يخالفه في الوصف فإذا رضى به فقد أسقط حقه فكان استيفاء الاستبدال وتجوز الحوالة ببديل الصرف إذا كان المحتمل عليه حاضراً وكذلك الكفالة وكذلك الرهن به والصرف على حاله فإن قبض من المحتمل عليه أو من الكفيل أو هلك الرهن في يد المرمته في المجلس فالصرف ماض على الصحة وإن افترق المتصار فإن قبض القبض وهلك الرهن يبطل الصرف وعند زفر لا تجوز الحوالة والكفالة ببديل الصرف وقد مررت المسئلة في السلم والعبرة ببقاء العاقلين في المجلس وافتراقهما عنه لا لبقاء الحال عليه والكفيل وافتراقهما لما ذكرنا أن القبض من حقوق العقد فيتعلق بالعاقلين فيعتبر مجلسهما وكذلك لو وكل كل واحد من العاقلين رجلاً أن ينقده عنه يعتبر مجلس الموكلين بقاء وافتراقاً لا مجلس الوكيل لما قلنا والله سبحانه وتعالى أعلم وعلى هذا يخرج المقاصة في ثمن الصرف إذا وجب الدين بعقد متأخر عن عقد الصرف أنه لا يصير قصاصاً ببديل الصرف وإن تراضيا بذلك وقد ذكرنا جملة الكلام في ذلك وتفصيله في السلم وعلى هذا يخرج ما إذا قبض بدل الصرف ثم انتقض بدل الصرف ثم انتقض القبض فيه بمعنى أو جب أنتقاضه أنه يبطل الصرف وقد مر الكلام فيه جملة وتفصيلاً في السلم ثم قبض الصرف في المجلس كما هو شرط بقاء العقد على الصحة فقبضهما في المجلس الإقالة شرط بقاء الإقالة على الصحة أيضاً حتى لو تقايلا الصرف وتماضيا قبل الافتراق مضت الإقالة على الصحة وإن افتراق قبل التقابض بطلت الإقالة أما على أصل أبي يوسف فظاهر لأن الإقالة على أصله بيع جديد فكانت مصارفة مبتدأة فلا بد من التقابض في المجلس وعلى أصلهما أن كانت فسخاً في حق المتعاقدين فهي بيع جديد في حق ثالث واستحقاق القبض حق للشرع ههنا ثالث فيعتبر بيعاً جديداً في حق هذا الحكم فيشتترط فيه التقابض بخلاف السلم

فان قبض رأس مال السلم في مجلس الاقالة ليس بشرط لصحة الاقالة وقد ذكرنا وجه الفرق بينهما فيما تقدم ولو وجد
ببدل الصرف عيبا وهو عين كما اذا اشترى قلب فضة بذهب فردته ثم افتراق قبل قبض الثمن ان رده عليه بقضاء القاضي
فالرد صحيح على حاله وان كان بغير قضاء القاضي فلا ينبغي أن يفارقه حتى يقبض الثمن لان القبض بغير قضاء يكون
فسخا في حق الكل ورفع العقد عن الاصل كانه لم يكن واعادة المالك الى قديم ملكه كانه لم يزل عن ملكه فلا حاجة
الى القبض والرد بغير قضاء يكون فسخا في حق المتعاقدين ببيعاجديدا في حق ثالث وحق الشرع وهو القبض يعتبر ثالثا
فيجعل بيعا جديدا في حق هذا الحكم وأما التقابض في بيع المطعوم بالمطعوم بجنسه أو بغير جنسه بان باع قفزة حنطة
بقفزة حنطة أو بقفزة شعير وعينا البدلين بالاشارة اليهما فهل هو شرط اختلف فيه قال أصحابنا ليس بشرط وقال
الشافعي رحمه الله شرط حتى لو افتراق من غير قبض عندنا ثبت الملك وعنده لا يثبت ما لم يتقابض في المجلس احتج
بقوله عليه الصلاة والسلام في الحديث المشهور الحنطة بالحنطة مثالا يدايدو بقوله عليه الصلاة والسلام لا يبيعوا
الطعام بالطعام الا سواء بسواء يدايدو ولان الافتراق من غير تقابض في بيع المطعوم بجنسه لا يخلو عن الرابح الجواز أن
يقبض أحد المتعاقدين دون الآخر فيتحقق الرابح لان المقبوض فضلا على غير المقبوض فأشبهه فضل الحلول
على الاجل وانما يقع التحرز عنه بوجوب التقابض ولهذا صار شرط في الصرف كذا هذا (ولنا) وعمومات البيع من
نحو قوله عز وجل يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض منكم وقوله عز
شأنه وأحل الله البيع وحرم الربا وغير ذلك نهى عن الاكل بدون التجارة عن تراض واستثنى التجارة عن تراض
فيدل على اباحة الاكل في التجارة عن تراض من غير شرط القبض وذلك دليل ثبوت الملك بدون التقابض لان اكل
مال الغير ليس بمباح وأما الحديث فظاهر قوله عليه الصلاة والسلام يدايد غير معمول به لان اليد بمعنى الجارية ليس
بمراد بالاجماع فلان حملها على القبض لانها آلة القبض فتحن تحمليها على التعيين لانها آلة التعيين لان الاشارة باليد
سبب التعيين وعندنا التعيين شرط فسقط احتجاجه بالحديث بحمد الله تعالى على ان الحمل على ما قلنا أولى لان فيه
توفيقا بين الكتاب والسنة وهكذا نقول في الصرف ان الشرط هناك هو التعيين لان نفس القبض الا أنه قام الدليل
عندنا ان الدرهم والدنانير لا تتعين بالتعيين وانما تتعين بالقبض فشرطنا التقابض للتعيين لا للقبض وهما التعيين حاصل
من غير تقابض فلا يشترط التقابض والله عز وجل أعلم وقوله المقبوض خير من غير المقبوض فيتحقق الرابح لاننا
هذا انما يستقيم ان لو قلنا بوجوب تسليم أحدهما دون الآخر وليس كذلك (ومنها) أن يكون خاليا عن شرط
الخيار فان شرط الخيار فيه لهما أو لا أحدهما فسد الصرف لان القبض في هذا العقد شرط بقائه على الصحة وخيار
العقد يمنع انعقاد العقد في حق الحكم فيمنع صحة القبض ولو أبطل صاحب الخيار خياره قبل الافتراق ثم افتراق
تقابض ينقلب الى الجواز عندنا خلافا لفرز ولولم يبطل حتى افتراقا فقد رفساد وقد ذكرنا جنس هذه المسائل بدلائلها
فيما تقدم (ومنها) أن يكون خاليا عن الاجل لهما أو لا أحدهما فان شرطاهما أو لا أحدهما فسد الصرف لان قبض
البدلين مستحق قبل الافتراق والاجل يعدم القبض فيفسد العقد فان أبطل صاحب الاجل أجله قبل الافتراق
ففسد ما عليه ثم افتراقا عن تقابض ينقلب جائزا عندنا خلافا لفرز وهاتان الشريعتان على الحقيقة فرعتان لشريطة
القبض الا أن أحدهما تؤثر في نفس القبض والاخرى في صحته على ما بينا وأما خيار العيب وخيار الرؤية فيثبتان
في هذا العقد لانهما لا يمنعان حكم العقد فلا يمنعان صحة القبض لان خيار الرؤية يثبت في العين وهو التبر والنقرة
والمصوغ ولا يثبت في الدين وهو الدرهم والدنانير المضروبة لانه لا فائدة في الرد اذا العقد لا ينفسخ بالرد لانه ما ورد
على عين المردود وقيام العقد يقتضى ولاية المطالبة بمثله فاذا قبض رده فيطالبه بأخر هكذا الى ما لا يتناهى وكذا خيار
الرؤية لانه لا يثبت في سائر الديون في سائر العقود لما قلنا بخلاف ما اذا كان ثمن الصرف عينا لان هناك ينفسخ العقد
بالرد فلا يملك المطالبة بعين أخرى فكان الرد مفيدا والله سبحانه وتعالى أعلم وأما خيار العيب فيثبت في الوجهين جميعا

لان السلامة عن العيب مطلوبه عادة فقواتها يوجب الخيار كما في سائر البياعات الا أن بدل الصرف اذا كان عينا فرده
بالعيب يفسخ العقد سواء رده في المجلس أو بعد الافتراق ويرجع على البائع بما تقدم وان كان دينان وجد الدرهم
المقبوضه ز يوفأ وكاسدة أو وجدها رائجة في بعض التجارات دون البعض وذلك عيب عند التجار فرده في المجلس
ينفسخ العقد بالرد حتى لو استبدل مكانه مضى الصرف وان ردها بعد الافتراق بطل الصرف عند أبي حنيفة وزفر
لحصول الافتراق لا عن قبض وعند أبي يوسف ومحمد لا يبطل اذا استبدل في مجلس الرد على ما ذكرنا في السلم
وخيار المستحق لا يبطل الصرف أيضا ولأنه لا يمنع حجة القبض على تقدير الاجازة واحتمال الاجازة قائم فلا يبطل
العقد المتعقد ظاهر بالشك ثم اذا استحق أحد بدل الصرف بعد الافتراق فان كان أجاز المستحق والبطل قائم أو
ضمن الماقد وهو هالك جاز الصرف لانه اذا كان قائما كان يحمل الاجازة واللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة واذا
كان هالك ضمن الناقد المضمون بالضمان فتبين انه سلم ملك نفسه وان استرده وهو قائم أو ضمن القابض قيمته وهو
هالك بطل الصرف لانه تقض قبضه أو تبين انه لم يصح بخلاف الاول لانه سلم له القبض فجاز الصرف والله سبحانه
وتعالى أعلم (ومنها) أن يكون الثمن الاول معلوما في بيع المراجعة والتولية والاشراك والوضيعة والاصل في هذه
العقود عمومات البيع من غير فصل بين بيع وبيع وقال الله عز شأنه وابتغوا من فضل الله وقال عز وجل ليس
عليكم جناح أن تبتنوا فضلا من ربكم والمراجعة ابتغاء للفضل من البيع نصا وروى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
لما أراد الهجرة اشترى سيدنا أبو بكر رضي الله عنه بعيرين فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم ولي أحدهما فقال
سيدنا أبو بكر رضي الله عنه هولك بغير شيء فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أما بغير عن فلا فدل طلب التولية على
جوازها وروى ان سيدنا أبو بكر رضي الله عنه اشترى بلالا فاعتقه فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم الشركة
يا أبا بكر فقال يا رسول الله قد اعتقته لولم تكن الشركة مشروعة لم يكن ليطلبها رسول الله صلى الله عليه وسلم وكذا الناس
توارثوا هذه البياعات في سائر الاعصار من غير تكير وذلك اجماع على جوازها * ثم الكلام في المراجعة في مواضع في
تفسير بيع المراجعة وفي بيان شرائطه وفي بيان رأس المال انه ماهو وفي بيان ما يلحق برأس المال وما يلحق به وفي بيان
ما يجب بياته عند المراجعة مما ترك بياته يكون خيانة وما لا يجب بياته وترك بياته لا يكون خيانة وفي بيان حكم الخيانة
اذا ظهرت أما تفسيره فقد ذكرناه في أول الكتاب وهو أنه يبيع بمثل الثمن الاول مع زيادة ربح وأما شرائطه (فمنها)
ما ذكرناه وهو أن يكون الثمن الاول معلوما للمشتري الثاني لان المراجعة يبيع بالثمن الاول مع زيادة ربح والعلم بالثمن الاول
شرط صحة البياعات كلها ما ذكرنا في مقدم فان لم يكن معلوما له فالببيع فاسد الى أن يعلم في المجلس فيختار ان شاء فيجوز
أو يترك فيبطل أما الفساد للحال فاجبة لانه لا يملك محمول وأما الخيار فلا يخلل في الرضا لان الانسان قد يرضى
بشراء شيء بثمن يسير ولا يرضى بشرائه بثمن كثير فلا يتكامل الرضا الا بعد معرفة مقدار الثمن فاذا لم يعرف اختل
رضاه واختلال الرضا يوجب الخيار ولو لم يعلم حتى افتراق عن المجلس بطل العقد لتقرر الفساد وقد ذكرنا اختلاف
عبارات الرواية عن أصحابنا عن هذا النوع من البيع كبيع الشيء برقه ونحو ذلك في بعضها انه فاسد وفي بعضها انه
موقوف على الاجازة والاختيار اذا علم وكذلك التولية والاشراك والوضيعة في اعتبار هذا الشرط والمراجعة سواء
لان التولية يبيع بمثل الثمن الاول فلا بد أن يكون الثمن الاول معلوما والاشراك تولية لكنه تولية بعض المبيع ببعض
الثمن والعلم بالثمن كله شرط صحة البيع والوضيعة يبيع بمثل الثمن الاول مع نقصان شيء معلوم منه فلا بد وأن يكون الثمن
الاول معلوما ليعلم قدر النقصان منه وعلى هذا يخرج ما اذا اشترى رجلان جملة مما له مثل فاقسمها ثم أراد كل
واحد منهما أن يبيع حصته مراجعة انه يجوز لان القسمة وان كانت لا تخلو عن معنى المبادلة حقيقة لكن معنى المبادلة
في قسمة المتماثلات ساقط شرعا بل بعد القسمة فيهما تمييز للنصيب وافرأز محضا واذا كان كذلك فإيصل الى كل
واحد منهما كانه عين ما كان له قبل القسمة فكان يجوز له أن يبيع له نصيبه مراجعة قبل القسمة كذا بعد ما وان اشترى

جملة مما لا مثل له فاقسمها لا يجوز لأحدهما أن يبيع حصته مراحمة لأن معنى المبادلة في قسمة هذا النوع معتبرة إذ الأصل اعتبار الحقيقة فكان ما يصيب كل واحد منهما بالقسمة نصفه ملكه ونصفه بدل ملكه كأنه اشتراه به فلا يجوز بيعه مراحمة كما إذا اشترى عرضاً بعرض ثم أراد أن يبيعه مراحمة والله سبحانه وتعالى أعلم ولو أسلم عشرة دراهم في ثوبين متقين من جنس واحد ونوع واحد وصفة واحدة وطول واحد حتى جاز السليم بالاجماع ولم يبين حصة كل واحد منهما من رأس المال فخل الأجل له أن يبيعهما جميعاً مراحمة على العشرة بخلاف فإن باع أحدهما مراحمة على خمسة لم يحز عند أي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد يجوز ولو كان بين حصة كل واحد من الثوبين من رأس المال جاز أن يبيع أحدهما مراحمة على خمسة بالاجماع لهما أن المقبوض هو المسلم فيه والملك في المسلم فيه ثبت بعقد السلم وعقد السلم أوجب اقسام الثمن وهو رأس المال على الثوبين المقبوضين على السواء لا تفاهما في الجنس والنوع والصفة والقدر فكانت حصة كل واحد منهما معلومة فتجوز المراحمة عليهما كما إذا أسلم عشرة دراهم في كرى حنطة فخل السلم وقبضهما ثم باع أحدهما مراحمة ولا يحنيفة أن المقبوض ليس عين المسلم فيه لأن المسلم فيه دين حقيقة وقبض الدين لا يتصور فلم يكن المقبوض مملوكاً بعقد السلم بل بالقبض فكان القبض بمنزلة انشاء العقد كأنه اشتراهما جميعاً ابتداء ولم يبين حصة كل واحد منهما ثم أراد أن يبيع أحدهما مراحمة وذلك لا يجوز فبالمثل له ويجوز فباله مثل على ما ذكرنا كذا هذا (ومنها) أن يكون الربح معلوماً لأنه بعض الثمن والعلم بالثمن شرط صحة البياعات (ومنها) أن يكون رأس المال من ذوات الأمثال وهو شرط جواز المراحمة على الإطلاق وكذلك التولية وبيان ذلك أن رأس المال لا يخلو إما أن يكون مما له مثل كالسيكيات والموزونات والعديدات المتقاربة وإما أن يكون مما لا مثل له من الذرعيات والمعدودات المتفاوتة فإن كان مما له مثل يجوز بيعه مراحمة على الثمن الأول وتولية مطلقاً سواء باعه من بائه أو من غيره وسواء جعل الربح من جنس رأس المال في المراحمة أو من خلاف جنسه بعد أن كان الثمن الأول معلوماً والربح معلوماً وإن كان مما لا مثل له من العروض لا يجوز بيعه مراحمة ولا تولية ممن ليس ذلك العرض في ملكه لأن المراحمة يبيع بمثل الثمن الأول وكذلك التولية فإذا لم يكن الثمن الأول مثل جنسه فإما أن يقع البيع على غير ذلك العرض وإما أن يقع على قيمته وعينه ليس في ملكه وقيمته مجهولة تعرف بالحزر والظن لا اختلاف أهل التقويم فيها ويجوز بيعه تولية ممن العرض في ملكه ويده وأما بيعه مراحمة ممن العرض في ملكه ويده فينظر أن جعل الربح شيئاً مفرداً عن رأس المال معلوماً كالدرهم وثوب معين ونحو ذلك جاز لأن الثمن الأول معلوم والربح معلوم وإن جعل الربح جزءاً من رأس المال بأن قال بعتك الثمن الأول بربح ده يازده لا يجوز لأنه جعل الربح جزءاً من العرض والعرض ليس مثلاً للأجزاء وإنما يعرف ذلك بالتقوم والقيمة مجهولة لأن معرفتها بالحزر والظن وأما بيعه مواضعة ممن العرض في يده وملكه فالجواب فيها على العكس من المراحمة وهو أنه إن جعل الوضعية شيئاً مفرداً عن رأس المال معلوماً كالدرهم ونحوه لا يجوز لأنه يحتاج إلى وضع ذلك القدر عن رأس المال وهو مجهول وإن جعلها من جنس رأس المال بأن باعه بوضع ده يازده جاز البيع بعشرة أجزاء من أحد عشر جزءاً من رأس المال لأن الموضوع جزء شائع من رأس مال معلوم (ومنها) أن لا يكون الثمن في العقد الأول مقابلاً لجنسه من أموال الربا فإن كان أن اشترى المسكيل أو الموزون بجنسه مثلاً بمثل لم يحز له أن يبيعه مراحمة لأن المراحمة يبيع بالثمن الأول وزيادة والزيادة في أموال الربا تكون ربالاً بحا كذا لا يجوز بيعه مواضعة لما قلنا وله أن يبيعه تولية لأن المانع هو تحقق الربا ولم يوجد في التولية ولأنه يبيع بالثمن الأول من غير زيادة ولا نقصان وكذا الإشراف لأنه تولية لكن ببعض الثمن والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) عند اختلاف الجنس فلا بأس بالمراحمة حتى لو اشترى ديناراً بعشرة دراهم فباعه بربح درهم أو ثوب بعينه جاز لأن المراحمة يبيع بالثمن الأول وزيادة ولو باع ديناراً بأحد عشر درهماً أو بعشرة دراهم وثوب كان جائزاً كذا هذا ولو باع الدينار بربح ذهب بأن قال بعتك هذا الدينار الذي اشتريته بربح قيراطين لم يحز عند أبي يوسف وعند محمد جاز (وجه) قوله أن المراحمة يبيع بالثمن

الاول وزيادة كانه باع دينارا بعشرة دراهم وقيراطين وذلك جائز وطريق جوازه أن يكون القيراطان بمثلهما من الدينار والعشرة ببقية الدينار كذا هذا ولا يبي يوسف ان في تجوز هذا تغيير المراجعة لان المتصارفين جعلوا العشرة رأس المال والدرهم بحافلو جوزنا على ما قاله محمد لصار القيراط رأس مال وبعض العشرة بحافلو فيه تغيير المقابلة واخراجها عن كونها مراجعة فلا يصح ولو اشترى سيفاً على فضة وحليته خمسون بمائة درهم ثم باعه مراجعة برمج درهم أو برمج دينار أو برمج ثوب بعينه لا يجوز لان المراجعة يبيع بالثمن الاول وزيادة ربح والربح ينقسم على كل الثمن لانه جعل ربح كل الثمن فلا بد وأن ينقسم على كله ليكون مراجعة على كل الثمن ومضى انقسم على الكل كان للقيمة حصصة من الربح لا محالة فيتحقق الربح ولا يصح العقد والله سبحانه وتعالى أعلم (ومنها) أن يكون العقد الاول صحيحاً فان كان فاسد المبرمج يبيع المراجعة لان المراجعة يبيع بالثمن الاول مع زيادة ربح والبيع الفاسد وان كان يفيد الملك في الجملة لكن بقيمة المبيع أو بمثله لا بالثمن لفساد التسمية والله عز وجل أعلم

فصل وأما بيان رأس المال فأمر المال ما لزم المشتري بالعقد لا ما تقدمه بعد العقد لان المراجعة يبيع بالثمن الاول والثمن الاول هو ما وجب بالمبيع فأما ما تقدمه بعد البيع فذلك وجب به قد آخر وهو الاستبدال فإما خذ من المشتري الثاني الواجب بالعقد لا المتقود بعده وكذلك التولية وبيان هذا الاصل اذا اشترى ثوباً بعشرة دراهم وتقدم مكانها دينار أو ثوباً فأمر رأس المال هو العشرة لا الدينار والثوب لان العشرة هي التي وجبت بالعقد وانما الدينار أو الثوب بدل الثمن الواجب وكذلك لو اشترى ثوباً بعشرة دراهم جياد وتقدم مكانها الزوف وتجاوز بها البائع الاول فعلى المشتري نقد الجياد لا قلنا ولو اشترى ثوباً بعشرة هي خلاف نقد البلد ثم باعه مراجعة فلا بد أن يبيع بالثمن الاول ورجع درهم كان على المشتري الثانية عشرة من جنس ما تقدمه والرجع من دراهم نقد البلد لان المراجعة يبيع بالثمن الاول والثمن الاول هو الواجب بالعقد الاول وهو عشرة وهي خلاف نقد البلد فيجب بالعقد الثاني مثلاً والرجع من نقد البلد لانه أطلق الربح وما أضافه الى رأس المال والمطلق ينصرف الى المتعارف وهو نقد البلد وان أضاف الربح الى العشرة بأن قال أبيعك برمج العشرة أو برمجده يازده فالعشرة والرجع من جنس الثمن الاول أما اذا قال برمج العشرة فلا أنه أضاف الربح الى تلك العشرة اذا كان من جنسها وأما اذا قال برمجده يازده فلا أنه جعل الربح جزءاً من العشرة فكان من جنسها ضرورة وعلى هذا يخرج ما اذا زاد المشتري البائع الاول في الثمن الاول وقبل انه يبيعه مراجعة وتولية على الاصل والزيادة جميعاً لان الزيادة تلتحق بأصل العقد فيصير في التقدير كان العقد على الاصل والزيادة جميعاً فكان الاصل مع الزيادة رأس المال لوجوبهما بالعقد تقدير ابي يبيعه مراجعة عليهما وكذا لو حط البائع الاول عن المشتري بعض الثمن فانه يبيعه مراجعة على الثاني بعد الحط لان الحط أيضاً يلتحق بأصل العقد فكان الباقي بعد الحط رأس المال وهو الثمن الاول فيبيعه مراجعة عليه ولو حط البائع الاول عن المشتري بعد ما باعه المشتري حط المشتري الاول ذلك القدر عن المشتري الثاني مع حصته من الربح لما ذكرنا ان الحط يلتحق بأصل العقد فيصير رأس المال وهو الثمن الاول ما وراء قدر الحط فيحط المشتري الاول عن المشتري الثاني ذلك القدر ويحط حصته من الربح أيضاً لان قدر الربح ينقسم على جميع الثمن فاذا حط شيئاً من ذلك الثمن لا بد من حط حصته من الربح بخلاف ما اذا باع مساومة ثم حط عن المشتري الاول شيء من الثمن انه لا يحط بذلك عن المشتري الثاني لان الثمن الاول أصل في بيع المراجعة ولا عبرة به في بيع المساومة ألا ترى انه لو اشترى عشرين قيمتهما سواء أحدهما بألف والاخر بخمسة ثم باعهما مساومة انقسم الثمن عليهما على القيمة نصفين ولو باعهما مراجعة أو تولية انقسم الثمن عليهما على قدر الثمن الاول أن لا تألوا على قدر القيمة دل ان الاول أصل في بيع المراجعة ولا عبرة به في بيع المساومة فالحط عن الثمن الاول في بيع المراجعة يوجب الحط عن الثمن الثاني ولا يوجب في المساومة وهذا الذي ذكرنا على أصل أصحابنا الثلاثة لان الزيادة على الثمن تلتحق بأصل العقد وكذا الحط عنه ويصير كأن العقد في ابتداء وقع على هذا القدر

(فأما) على أصل زفر والشافعي فالزيادة والخط كل واحد منهما لا يصح زيادة في الثمن وحطائه وإنما يصح هبة مبتدأة والمسألة تأتي في موضعهم إن شاء الله تعالى

فصل وأما بيان ما يلحق برأس المال وما لا يلحق به فنقول لا بأس بأن يلحق برأس المال أجرة القصار والصباغ والغسل والقتال والخياط والسمصار وسائق النعم والكراء ونفقة الرقيق من طعامهم وكسوتهم وما لا بد لهم منه بالمعروف وعلف الدواب وبيع مراحمة وتولية على الكل اعتبارا للعرف لأن العادة فيما بين التجار أنهم يلحقون هذه المؤن برأس المال ويعدونها منه وعرف المسلمين وعادتهم حجة مطلقة قال النبي عليه الصلاة والسلام ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن إلا أنه لا يقول عند البيع اشتريته بكذا ولكن يقول قام على بكذا لأن الأول كذب والثاني صدق وأما أجرة الراعي والطبيب والحجام والختان والبيطار وجعل الأبقار والقضاء عن الجنابة وما أئق على نفسه وعلى الرقيق من تعليم صناعة أو قرآن أو شعر فلا يلحق برأس المال وبيع مراحمة وتولية على الثمن الأول الواجب بالعقد الأول لا غير لأن العادة ما جرت من التجار بالحاق هذه المؤن برأس المال وقال عليه الصلاة والسلام ما رآه المسلمون قبيحا فهو عند الله قبيح وكذا المضارب ما أئق على الرقيق من طعامهم وكسوتهم وما لا بد لهم منه بالمعروف يلحق برأس المال لجرى العادة بذلك وما أئق على نفسه في سفره لا يلحق به لأنه لا عادة فيه والتحويل في هذا الباب على العادة والله سبحانه وتعالى أعلم

فصل وأما بيان ما يجب بياحه في المراحمة وما لا يجب فالأصل فيه أن يبيع المراحمة والتولية ببيع أمانة لأن المشتري أئتمن البائع في إخباره عن الثمن الأول من غير بينة ولا استحلاف فتجب صيانتها عن الخيانة وعن سبب الخيانة والتهمة لأن التحرر عن ذلك كله واجب ما أمكن قال الله تعالى عز شأنه يا أيها الذين آمنوا لا تحنوا لله والرسول وتحنوا ما نالتكم وأنتم تعلمون وقال عليه الصلاة والسلام ليس منا من غشنا وقال عليه الصلاة والسلام لو أبصرت بن معبد رضى الله عنه الحلال بين والحرام بين وبينهما أمور مشتبهات فدمع ما يريك إلى ما لا يريك وروى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال إلا إن لكل ملك حمى وإن حمى الله محارمه فمن حام حول الحمى يوشك أن يقع فيه وقال عليه الصلاة والسلام من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يقفن مواقف التهم والاحتراز عن الخيانة وعن شبهة الخيانة والهمة إنما يحصل ببيان ما يجب بياحه فلا بد من بيان ما يجب بياحه وما لا يجب فنقول والله التوفيق إذا حدث بالسلعة عيب في يد البائع أو في يد المشتري فأراد أن يبيعها مراحمة ينظر أن حدث بأفقه ساء أو بقله أن يبيعها مراحمة بجميع الثمن من غير بيان عندنا وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يبيعها مراحمة حتى يبين وإن حدث بفعله أو بفعل أجنبي لم يبعه مراحمة حتى يبين بالاجماع (وجه) قولهما أن البيع من غير بيان حدوث العيب لا يخلو من شبهة الخيانة لأن المشتري لو علم أن العيب حدث في يد المشتري لكان لا يربحه فيه ولا نه لما باعه بعد حدوث العيب في يده فبعد احتبس عنده جزء منه فلا يملك بيع الباقي من غير بيان كالأحوال احتبس بفعله أو بفعل أجنبي (ولنا) أن القائل جزء لا يقبله ثمن بدليل أنه لو فات بعد العقد قبل القبض لا يسقط بمحضته شيء من الثمن فكان بيانه والسكوت عنه بمنزلة واجدة وما يقابل به الثمن قائم بالكلية فله أن يبيع مراحمة من غير بيان لأنه يكون باعها ما بقي بجميع الثمن بخلاف ما إذا فات بفعله أو بفعل أجنبي لأن القائل صار مقصودا بالفعل وصار مقابله الثمن فقد حبس المشتري جزءا يقابل به الثمن فلا يملك بيع الباقي مراحمة إلا ببيان والله سبحانه وتعالى أعلم ولو حدث من المبيع زيادة كالولد والثمره والصوف واللبن والعقلم يبعه مراحمة حتى يبين لأن الزيادة المتولدة من المبيع مبيعة عندنا حتى تمنع الرد بالعيب وإن لم يكن لها حصصة من الثمن لئلا يفسد بعض المبيع وبيع الباقي فلا يجوز من غير بيان وكذا لو هلك بفعله أو بفعل أجنبي ووجب الارش لأنه صار مبيعا مقصودا يقابل به الثمن ثم المبيع يباع غير مقصود لم يبعه مراحمة من غير بيان فالمبيع مقصودا أولى ولو هلك بأفقه ساء أو بقله أن يبيع مراحمة من غير بيان لأنه ان هلك طرف من أطرافه بأفقه ساء أو بقله مراحمة من غير

بہترین

بشربن ثم اشتراه بعشرة صاركاً نه اشترى ثوباً وعشرة بعشرة فيكون العشرة بالعشرة ويبقى الثوب خالياً عن العوض في عقد المعاوضة فيتمكن فيه شبهة الرافق ببيعته من ابحته والله سبحانه وتعالى أعلم ولو اشترى من لا يجوز شهادته له كالوالدين والمولودين والزوج والزوجة لم يجز له أن يبيعه من ابحته حتى يبين عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد له ذلك من غير بيان ولو اشترى من مكاتبه أو عبده المأذون وعليه دين أو لادين عليه لم يبيعه من ابحته من غير بيان بالاجماع (وجهه) قولهم انه لا خلل في الشراء الاول لان ملك كل واحد منهما ممتاز عن ملك صاحبه منفصل عنه فصح الشراء الاول فلا يجب البيان كما اذا اشترى من الاجنبي ولا أبي حنيفة رحمه الله ان تهمة المسامحة في الشراء الاول قائمة لان الناس في العادات لا يماكسون في الشراء من هؤلاء فكانت التهمة وهي الشراء بزيادة الثمن قائمة فلا بد من البيان كما في المكاتب والمأذون ولان للشراء من هؤلاء شبهة عدم الصحة لان كل واحد منهما يبيع بمال صاحبه عادة ولهذا لا قبل شهادة أحدهما لصاحبه لكونها شهادة لنفسه من وجه فكان مال كل واحد منهما بعد البيع والشراء قائماً بمعنى فكان لهذا الشراء شبهة عدم الصحة والشبهة في هذا الباب ملحقة بالحقيقة فتؤثر في المراجعة كما في المكاتب والعبد المأذون ولو اشترى سلعة من رجل بالف درهم ثم اشترى منه من لا قبل شهادته له بالف درهم وخمسمائة فانه يبيعه من ابحته على أقل الثمن وذلك ألف ولا يبيعه من ابحته على ألف وخمسمائة الا ببيان عند أبي حنيفة وعندهما يبيعه من ابحته على ألف وخمسمائة من غير بيان لما ذكرنا وأجمعوا على انه لو اشترى عبد الخمسمائة فباعه من المكاتب المديون أو لادين عليه بالف انه لا يبيعه من ابحته على أكثر الثمن وكذا لو اشترى المكاتب أو المأذون عبداً بخمسمائة فباعه من المولى بالف لما قلنا ولو اشترى من مضارب أو اشترى مضارب به منه فانه يبيعه من ابحته على أقل الثمن وحصة المضارب من الزيج ان كان فيه ربح وان لم يكن ربح يبيعه من ابحته على أقل الثمن بيان ذلك اذا دفع ألقا مضاربة فاشترى رب المال عبد الخمسمائة فباعه من المضارب بالف فان المضارب يبيعه من ابحته على خمسمائة لان جواز بيع رب المال من المضارب والمضارب من رب المال ليس بمقطوع به بل هو محل الاجتهاد فان عند زفر لا يجوز وهو القياس لانه يبيع مال نفسه على نفسه والشراء من الانسان ماله الا انا استحسنا الجواز بالاجتهاد مع احتمال الخطأ فكان شبهة عدم الجواز قائمة فتلتحق بالحقيقة في المنع من المراجعة من غير بيان ولانه يحتمل أن رب المال باعه من المضارب بأكثر من قيمته لكن ساهله المضارب لانه ما اشتراه بمال نفسه بل بمال رب المال فتمكنت التهمة في هذا البيع فلا يبيعه من ابحته بأوفر الثمن الا ببيان ولو اشترى المضارب عبداً بالف فباعه من رب المال بالف ومائتين فان لرب المال يبيعه من ابحته على ألف ومائة ان كانت المضاربة بالنصف لان المائتين ربح وهما بينهما الا أن حصصة رب المال فيها شبهة وتهمة على ما ذكرنا في طرح ذلك القدر من بيع المراجعة وأما حصصة المضارب فلا شبهة فيها ولا تهمة اذا حق فيها لرب المال فيبيعه من ابحته على ألف ومائة وكذلك لو اشترى رب المال عبداً بالف فباعه من المضارب بمائة فباعه المضارب من ابحته على مائة وكذلك لو اشترى المضارب بالف فباعه من رب المال بمائة فباعه رب المال من ابحته على مائة وهي أقل الثمن لانه لا تهمة في الاقل وفي الاكثر تهمة على ما بينا ولو اشترى رب المال بخمسمائة فباعه من المضارب بالف ومائة فباعه المضارب من ابحته على خمسمائة وخمسمين لان الخمسمائة أقل الثمن والخمسون قدر حصصة المضارب من الربح فتضم الى الخمسمائة والله عز وجل أعلم

فصل ١٠ وأما حكم الخيانة اذا ظهرت فتقول والله التوفيق اذا ظهرت الخيانة في المراجعة لا يخلو اما ان ظهرت في صفقة الثمن واما ان ظهرت في قدره فان ظهرت في صفقة الثمن بأن اشترى شيئاً بنسيئة ثم باعه من ابحته على الثمن الاول ولم يبين أنه اشتراه بنسيئة أو باعه تولية ولم يبين ثم علم المشتري فله الخيار بالاجماع ان شاء أخذه وان شاء رده لان المراجعة عقد بني على الامانة لان المشتري اعتمد البائع وأتمنه في الخبر عن الثمن الاول فكانت الامانة مطلوبة في هذا العقد فكانت صيغته عن الخيانة مشروطة دلالة فقواتها يوجب الخيار كفوات السلامة عن العيب وكذا الوصلح من دين

الف له على انسان على عبد ثم باعه مراححة على الالف ولم يبين للمشتري أنه كان بدل الصلح فله الخيار لما قلنا وان ظهرت الخيانة في قدر الثمن في المراححة والتولية بأن قال اشتريت بعشرة وبتك برمجده يازده أو قال اشتريت بعشرة ووليتك بمسا توليت ثم تبين أنه كان اشتراه بتسعة فقد اختلف في حكمه قال أبو حنيفة عليه الرحمة المشتري بالخيار في المراححة ان شاء أخذه بجميع الثمن وان شاء تركه وفي التولية لا خيار له لكن يحط قدر الخيانة ويلزم العقد بالثمن الباقي وقال أبو يوسف لا خيار له ولكن يحط قدر الخيانة فيهما جميعاً وذلك درهم في التولية ودرهم في المراححة وحصة من الربح وهو جزء من عشرة أجزاء من درهم وقال محمد رحمه الله له الخيار فيهما جميعاً ان شاء أخذه بجميع الثمن وان شاء رده على البائع (وجهه) قول محمد رحمه الله ان المشتري لم يرض يلزم العقد الا بالقدر المسمى من الثمن فلا يلزم بدونه ويثبت له الخيار لقوات السلامة عن الخيانة كما ثبتت الخيار بقوات السلامة عن العيب اذا وجد المبيع معيباً (وجهه) قول أبي يوسف رحمه الله ان الثمن الاول أصل في بيع المراححة والتولية فاذا ظهرت الخيانة تبين ان تسمية قدر الخيانة لم تصح فلفت تسميته وبقى العقد لازماً بالثمن الباقي ولا يبي حنيفة الفرق بين المراححة والتولية وهو ان الخيانة في المراححة لا توجب خروج العقد عن كونه مراححة لان المراححة يبيع بالثمن الاول وزيادة ربح وهذا قائم بعد الخيانة لان بعض الثمن رأس مال وبعضه ربح فلم يخرج العقد عن كونه مراححة وانما أوجب تغييره في قدر الثمن وهذا يوجب خلافاً في الرضا فيثبت الخيار كما اذا ظهرت الخيانة في صفة الثمن بأن ظهر ان الثمن كان نسيئة ونحو ذلك على ما ذكرنا بخلاف التولية لان الخيانة فيها يخرج العقد عن كونه تولية لان التولية يبيع بالثمن الاول من غير زيادة ولا نقصان وقد ظهر النقصان في الثمن الاول فلما أثبتنا الخيار لا يخرجناه عن كونه تولية وجعلناه مراححة وهذا انشاء عقد آخر لم يتراضا عليه وهذا لا يجوز فقططنا قدر الخيانة وألزمنا العقد بالثمن الباقي والله سبحانه وتعالى أعلم هذا اذا كان المبيع عند ظهور الخيانة بمحل الفسخ فاما اذا لم يكن بأن هلك أو حدث به ما يمنع الفسخ بطل خياره ولزمه جميع الثمن لانه اذا لم يكن بمحل الفسخ لم يكن في ثبوت الخيار فائدة فيسقط كما في خيار الشرط وخيار الرؤية والله سبحانه وتعالى أعلم

فصل ١٠. وأما الاشراك فحكمه حكم التولية لانه تولية حقيقة لكنه تولية بعض المبيع ببعض الثمن وقد ذكرنا ما يتعلق بالتولية من الشرائط والاحكام والذي يختص بالاشراك بيان القدر الذي تثبت فيه الشركة فنقول وبالله التوفيق المشتري لا يخلو إما أن يكون لواحد أو إيمان أن يكون لثنين أو أكثر فان كان لواحد فاشرك فيه غيره فلا يخلو إما أن يشركه في قدر معلوم كالنصف والثلث والرابع ونحو ذلك واما ان أطلق الشركة فان أشركه في قدر معلوم فله ذلك القدر لا شك فيه لان حكم التصرف فيه يثبت في قدر ما أضيف اليه هو الاصل فان أطلق الشركة بأن قال أشركتك في هذا الكرفله نصف الكركما لوقال أشركتك في نصف الكرك لان الشركة المطلقة تقتضي المساواة فتقتضي أن يكون نصيب الرجل مثل نصيبه ولو اشرك رجلان في نصفه فلم يقبضه حتى هلك نصفه فالرجل بالخيار ان شاء أخذ نصف ما بقي وهو ربع الكرك وان شاء تركه لانه كان له نصف شائع من ذلك فما هلك هلك على الشركة وما بقي بقي على الشركة وله الخيار اذا كان قبل القبض لان الصفة قد تفرقت عليه وكذلك لو باع رجلان نصف الكرك ثم هلك نصفه قبل القبض لما قلنا ولو كان مكان الهلاك استحقاق بأن استحق نصف الكرك فهنا يختلف حكم الشركة والبيع فيكون النصف الباقي للمشتري خاصة في البيع وفي الشركة يكون بينهما وانما كان كذلك لان البيع أضيف الى نصف شائع وتمذر تنفيذه في النصف المستحق لانعدام الملك وأمكن تنفيذه في نصف المملوك فيجب تنفيذه فيه وكذلك في الشركة الا ان تنفيذه في النصف المملوك يقتضي المساواة بينهما في ذلك النصف وذلك بأن يكون نصفه للرجل ونصفه لغيره ولو اشترى عبداً فقال له رجل أشركني في هذا العبد فقال قد أشركتك ثم قال له رجل آخر مثل ذلك فاشركه فيه ان كان الثاني علم بمشاركته الاول فله الربع والمشتري الربع والنصف للاول وان كان لم يعلم بمشاركته فالنصف له والنصف للاول ولا شيء للمشتري لانه اذا علم الثاني بمشاركته الاول فلم يطلب الشركة منه الا في نصيبه خاصة

والشركة في نصيبه تقتضي المساواة بين النصيبين وهي أن يكون لكل واحد منهما الربع وإذا لم يعلم بالشركة فقوله أشركني طلب الشركة في الكل والاشراك في الكل أن يكون نصفه له والاول قد استحق النصف بالمشاركة فيستحق الثاني النصف الباقي تحقيقاً للشركة المقتضية للمساواة ولو قال لرجل اشتريه فلان يني و بينك فقال المأمور نعم ثم لقيه غيره فقال له مثل ما قال الاول فقال المأمور نعم ثم اشترى الجارية فالجارية بين الأمرين ولا شيء منها للمأمور لان الاول وكله بشراء نصف الجارية و بقبول الوكالة الثانية لا يخرج عن كونه وكيلاً للاول لانه لا يمكن اخراج نفسه عن الوكالة من غير محضر من الموكل فبقى وكيله له بشراء النصف فاذا قبلت الوكالة من الثاني صار وكيله في شراء النصف الآخر فاذا اشترى الجارية فقد اشترى المالك فكلت بينهما ولو لقيه ثالث فقال له مثل ما قال الاولان فقال نعم ثم اشترى الجارية كانت الجارية للاثالث لانه قد بقي وكيلاً للاولين اذ لا يملك اخراج نفسه عن وكالتها حال غيبتهما فلم يصح قبوله الوكالة من الثالث شرى كان شركة عنان في الرقيق أمر أحدهما صاحبه أن يشتري عبد فلان بينه وبين المأمور ثم أمره آخر بمثل ذلك فاشترى فالنصف للاجنبي والنصف للشريكين لان كل واحد من الشرىكين يملك شراء الرقيق بعقد الشركة من غير أمر فكان الامر سلفاً فلم يصح وصح من الاجنبي فاستحق النصف واستحقاق النصف تقضية الشركة والله عز وجل أعلم هذا اذا كان المشتري لواحد فاشركه فان كان لاثنتين فلا يخلو اما أن يكون أشرك أحد همارجلان وإما أن أشركه جميعاً فان أشركه أحدهما فاما أن أشركه في نصيبه خاصة بأن قال أشركت في نصيبي وإما أن أشركه في نصفه بأن قال أشركت في نصفي وإما أن اشركه مطلقاً بأن قال أشركت في هذا العبد وإما أن أشركه في نصيبه ونصيب صاحبه وإما أن أشركه في نصفه بأن قال أشركت في نصف هذا العبد فان أشركه في نصيبه خاصة فله النصف من نصيبه لان الشركة المطلقة في نصيبه تقتضي أن يكون نصيبه فيه مثل نصيبه لانها تقتضي المساواة وكذا لو أشركه في نصفه لان الشركة المطلقة في نصفه تقتضي المساواة فيه وان أشركه مطلقاً فان أجاز شريكه فله النصف كاملاً والنصف لهما وان لم يحز الربع له لما ذكرنا أن الشركة المطلقة تقتضي المساواة فتقتضي أن يكون نصيبه وحده مثل نصيبهما جميعاً إلا أنه اذا لم يحز تعذر تنفيذ الاشراك في نصيبه فينفذ في نصيب صاحبه فيكون له الربع واذا أجاز أمكن اجراء الشركة على اطلاقها وهي باطلاقها تقتضي المساواة وذلك في أن يكون له النصف ولكل واحد منهما الربع وان أشركه في نصيبه ونصيب صاحبه فكذلك في ظاهر الرواية أنه ان أجاز صاحبه فله النصف والنصف الآخر لهما وان لم يحز فله الربع وروى عن ابي يوسف في النوادر أنه ان أجاز كان بينهما أثلاثا وان أبى أن يحز كان له ثلث ما في يد الذي أشركه وهو سدس الكل (وجه) هذه الرواية ان اشرك أحدهما واجازة الآخر بمنزلة اشراكهما معاً لان الاجازة تستند الى حال العقد فكانهما أشركاه معاً ولان الاجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة فصار كان العاقد أشرك بوكالة صاحبه (وجه) ظاهر الرواية ان الاشراك والاجازة تثبت على التعاقب لوجود الاشراك والاجازة على التعاقب والحكم يثبت على وفق العلة فصار كما لو أشرك كل واحد منهما على التعاقب قوله الاجازة تستند الى حالة العقد قلنا نعم لكن الثابت بطريق الاستناد يثبت للحال ثم يستند فكان حكم الاجازة متأخراً عن حكم الاشراك ثبوتاً وان أشركه في نصف العبد فاجاز شريكه فله نصف ما في يده هذا ونصفي ما في يده الا خروان لم يحز فله نصف ما في يده الذي أشركه لما قلنا هذا اذا أشركه أحدهما فاما اذا أشركه جميعاً فلا يخلو اما ان أشركاه معاً واما ان أشركاه على التعاقب فان أشركاه معاً فالقياس أن يكون له النصف كاملاً ولكل واحد منهما الربع وفي الاستحسان يكون بينهما أثلاثا وان أشركاه على التعاقب مطلقاً ولم يبيننا قدر الشركة أو أشركاه في نصيبهما بأن قال كل واحد منهما أشركت في نصيبي ولم يبين في كم أشركه كان له النصف وللأولين النصف (وجه) القياس أنه لما أشركه كل واحد منهما فقد استحق نصف نصيبه فكان النصف له والنصف لهما جميعاً كما لو أشركاه على التعاقب (وجه) الاستحسان وهو الفرق بين حالة الاجتماع والافتراق ان الاشراك المطلق من كل واحد منهما اياه في زمان واحد يقتضي المساواة في

أنصباء الكل وهو أن يكون نصيب كل واحد منهم مثل نصيب الآخر في أن يكون المشتري بينهم أثلاثاً بخلاف
الاشراك على التعاقب لان الاشراك من أحدهما مطلقاً في زمان يقتضي أن يكون نصيبه مثل نصيبه وكذلك الاشراك
الآخر في الزمان الثاني فيجتمع له ربحان وهو النصف لكل واحد منهما الربح والله سبحانه وتعالى أعلم

فصل وأما المواضعة فهي بيع بمثل الثمن الاول مع قصان شيء معلوم منه ويعتبرها من شرائط الاحكام
ما يعتبر للمراجعة وقد ذكرنا ذلك كله والاصل في معرفة مقدار الثمن في المواضعة أن يضم قدر الوضعية الى رأس المال ثم
يطرح منه فباقى بعد الطرح فهو الثمن مثاله اذا قال اشترت هذا بعشرة وبعثتك بوضعية ده يارده فاذا أردت ان تعرف
الثمن أنه كم هو فسيبك أن تجعل كل درهم من العشرة التي هي رأس المال أحد عشر جزاً فيكون الكل أحد عشر اطرحة
منها درهما يكون الثمن تسعة دراهم وجزاً من أحد عشر جزاً من درهم وعلى هذا القياس تجري مسائل المواضعة والله
الموفق الصواب

فصل وأما شرائط لزوم البيع بعد انعقاده ونفاذه وصحته فواحد وهو أن يكون خالياً عن خيارات أربعة خيار
التعيين وخيار الشرط وخيار العيب وخيار الرؤية فلا يلزم مع أحد هذه الخيارات وهذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله
افتراق العاقدين مع الخلو عن الخيارين وهو خيار الشرط وخيار العيب شرط أيضاً ولقب المسئلة ان خيار المجلس ليس
بثابت عندنا وعنده ثابت احتج الشافعي رحمه الله بقوله عليه الصلاة والسلام المتبايعات بالخيار مالم يفترقا وهذا نص
في الباب ولان الانسان قد يبيع شيئاً ويشترى ثم يبدوله فيندم فيحتاج الى التدارك بالقسوخ فكان ثبوت الخيار في
المجلس من باب النظر للمتعاقدين (ولنا) ظاهر قوله عز وجل يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا
أن تكون تجارة عن تراض منكم أباح الله سبحانه وتعالى الاكل بالتجارة عن تراض مطلقاً عن قيد التفريق عن مكان
العقد وعنده اذا فسخ أحدهما العقد في المجلس لا يباح الاكل فكان ظاهر النص حجة عليه ولان البيع من العاقدين
صدر مطلقاً عن شرط والعقد المطلق يقتضي ثبوت الملك في العوضين في الحال فالقسوخ من أحد العاقدين يكون تصرفاً
في العقد الثابت بتراضيهما أو في حكمه بالرفع والابطال من غير رضا الآخر وهذا لا يجوز ولهذا لم ينفرد أحدهما بالقسوخ
والاقالة بعد الافتراق كذا هذا (وأما) الحديث فان ثبت مع كونه في حد الآحاد محالاً لظاهر الكتاب فالخيار
المذكور فيه محمول على خيار الرجوع والقبول مادام في التبايع وهو ان البائع اذا قال لغيره بعت منك كذا فله أن يرجع
مالم يقل المشتري اشترى وللمشتري أن لا يقبل أيضاً واذا قال المشتري اشتريت منك بكذا كان له أن يرجع مالم
يقبل البائع بعت وللبيع أن لا يقبل أيضاً وهذا النوع من التأويل للخبر نقله محمد في الموطأ عن ابراهيم النخعي رحمه الله
وأنه موافق لرواية أبي حنيفة لما روى عن ابن سيدنا عمر رضي الله عنهما البيعان بالخيار مالم يفترقا عن بيعهما حملناه
على هذا توفيقاً بين الدلائل بقدر الامكان والله تعالى جل شأنه أعلم

فصل وأما بيان ما يكره من البياعات وما يتصل بها فاما البياعات المكروهة (فمنها) التفريق بين الرقيق
في البيع والاصل فيه ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لا تولد والدعة عن ولدها والتفريق بينهما توليه
فكان منها ما روى ان النبي عليه الصلاة والسلام رأى امرأة والهة في السبي فسأل عن شأنها فقيل قد بيع ولدها
فامر بالرد وقال عليه الصلاة والسلام من فرق بين والدعة وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة وهذا خرج
مخرج الوعيد وروى أنه قال عليه الصلاة والسلام لا يجتمع عليهم السبي والتفريق حتى يبلغ الغلام وتحيض الجارية
ونهى عن التفريق في حال الصغر وروى أنه عليه الصلاة والسلام وهب من سيدنا علي رضي الله عنه غلامين
صغيرين فباع أحدهما فسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عنهما فقال بعت أحدهما فقال عليه الصلاة والسلام
بهما أو ردوا الامر بالجمع بينهما في البيع أو رد البيع فيهما دليل على كراهة التفريق ولان التفريق بين الصغير
والكبير نوع اضرار بهما لان الصغير ينتفع بشفقة الكبير ويسكن اليه والكبير يستأنس بالصغير وذات يهوت

بالتفريق فيلحقهما الوحشة فكان التفريق اضراراً بهما بالحق الوحشة وكذا بين الصغيرين لانهما يأتلان ويسكن قلب أحدهما بصاحبه فكان التفريق بينهما بحاشا بهما فكره ولان الصبي من أسباب الرحمة قال عليه الصلاة والسلام من لم يرحم صغيرنا ولم يوقر كبيرنا فليس منا وفي التفريق ترك الرحمة فكان مكر وهاتم الكلام في كراهة التفريق في مواضع في بيان شرائط الكراهة وفي بيان ما يحصل به التفريق وفي بيان صفة ما يحصل به التفريق انه جائز أم لا (اما) شرائط الكراهة (فمنها) صغر أحدهما وهو أن يكون أحدهما صغيراً أو يكونا صغيرين فان كانا كبيرين لا يكره التفريق بينهما لما روي عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال لا يجتمع عليهم السبي والتفريق حتى يبلغ الغلام وتحيض الجارية مد عليه الصلاة والسلام التهي عن التفريق الى غاية البلوغ فدل على اختصاص الكراهة بحالة الصغر وزوالها بعد البلوغ ولان الكراهة معلولة بالاضرار والالاستئناس والشفقة وترك الرحم وكل ذلك يختص بحالة الصغر (ومنهما) الرحم وهو القرابة فان كانا أجنبيين لم يكره التفريق بينهما (ومنهما) المحرمية وهو أن يكونا ذوي رحم محرم بان كان بينهما قرابة محرمة للنكاح فلا يكره التفريق بين ابني العم ونحو ذلك لان القرابة المحرمة للنكاح محرمة القطع مفترضة الوصل فكانت منشأ الشفقة والانس بخلاف سائر القرابات وكذا المحرمية بدون الرحم لا تحرم التفريق كحرمه الرضاع والمصاهرة لا تعدان معنى الشفقة والانس لعدم دليلهما وهو القرابة (ومنهما) أن يكون مالهما واحداً بسبب ملكهما بإشراء أو هبة أو ميراث أو صدقة أو وصية حتى لو كان أحدهما في ملكه والآخر في ملك ولده الصغير فلا بأس أن يبيع أحدهما دون الآخر وكذا لو كان له ولدان صغيران أحدهما المملوكين في ملك أحدهما والآخر في ملك الآخر لا بأس للاب أن يبيع أحدهما لان الكراهة في التفريق أن يكونا في ملك واحد وان لم يجمعهما ملك مالك واحد لا يقع البيع تفرقاً لانهما كانا متفرقين قبل البيع وكذا اذا كان أحدهما في ملكه والآخر في ملك مكاتبه لانهما لم يجتمعا في ملك شخص واحد لان المكاتب فيما يرجع الى الكسب ملحق بالاحرار فاختلف المالك وان كان أحدهما في ملكه والآخر في ملك عبده المأذون فان كان عليه دين مستغرق فلا بأس للمولى أن يبيع العبد الذي عنده فأما على أصل أبي حنيفة فظاهر لان المولى لا يملك كسب المأذون المديون فلم يوجد بالاجتماع في ملك مالك واحد وعندهما وان كان يملكه لكنه ملك تعلق به حق الغرماء فكان كالأجنبي عنه فلم يوجد الاجتماع معنى وان لم يكن عليه دين يكره للمولى أن يبيع أحدهما لو جود الاجتماع في ملك شخص واحد ولو كان أحدهما في ملكه والآخر في ملك مضارب به فلا بأس بالتفريق لان مال المضارب وان لم يكن ملك المضارب لكن له حق قوي فيه حتى جاز بيع المضارب من رب المال وبيع رب المال من المضارب استحساناً فكان رب المال بمنزلة الأجنبي فلم يوجد الاجتماع في ملك رجل واحد وعلى هذا يخرج ما ذاباع جارية كبيرة على انه بالخيار فيها ثلاثة أيام ثم ملك ولدها الصغير في مدة الخيار انه يكره إيجاب البيع في الجارية بالاجازة أو بالترك حتى تمضي المدة بل يفسخ البيع حتى لا يحصل التفريق لان خيار البائع يمنع زوال السلعة عن ملكه فكانت الجارية على ملكه فاذا ملك ولدها الصغير فقد اجتمعا في ملك شخص واحد فكانت الاجازة تفرقاً فيكره ولو باع الجارية على ان المشتري بالخيار ثلاثة أيام ثم ملك البائع ولدها الصغير في المدة فلا بأس للمشتري أن يبيع البائع أو يفسخ لان الجارية خرجت عن ملك البائع بلا خلاف لان خيار المشتري لا يمنع خروج السلعة عن ملك البائع بلا خلاف بين أصحابنا وانما الخلاف في دخوله في ملك المشتري فلم يجتمع المملوكان في ملك شخص واحد فلم تكن الاجازة تفرقاً ولو كان الخيار للمشتري ولها ابن عند المشتري لا تكره الاجازة بلا اشكال لان الاجازة لا تكون تفرقاً بل تكون جماعاً (وأما) الفسخ فكذلك لا يكره أيضاً (اما) على أصل أبي حنيفة رحمه الله فلا يشكل أيضاً لان الجارية لم تدخل في ملك المشتري لان خيار المشتري يمنع دخول السلعة في ملكه على أصله فلم يقع الفسخ تفرقاً لا لعدم الاجتماع في ملكه (واما) عندهما فالجارية وان دخلت في ملكه لكن الفسخ حقه فلا جبار

النظر

النظر حاصل بقاء أحدهما بخلاف ما اذا اختلفت الجهة لأن عند اختلاف جهة القراءة تختلف الشفقة فيحصل من كل واحد منهما ما لا يحصل بالأخر فكان التفریق اضرازا وكذلك لو ملك ستة أخوة أو ستة أخوات ثلاثة منهم كبار وثلاثة صغار لا بأس ببيع كل صغير مع كل كبير لقلنا ولو كان مع الصغير أبوان حكما بان ادعياه حتى ثبت نسبه منهما ثم اجتمعوا في ملك شخص واحد فالقياس أن لا يكره بيع أحدهما لآخر جهة القرابة وهي قرابة الابوة كالعمين والخالين ونحو ذلك وفي الاستحسان يكره لأن أباه أحدهما حقيقة فكان الثابت قرابة أحدهما حقيقة الا اننا حكمنا بثبات نسبه منهما لاستوائهما في الدعوة ولكن الاب في الحقيقة أحدهما فلو باع أحدهما لاحتمال انه باع الاب فيتحقق التفریق بخلاف ما اذا كان للصغير أب وأم حيث يكره بيع أحدهما لأن قرابة كل واحد منهما مستحقة فكان البيع تفریقا بين الصغير وبين أحد أبويه بيقين فيكرهه وان اختلفت جهة قرابة الكبيرين كالعمة مع الخالة والعلم مع الخال والاخت لا باع مع الاخت لا موما أشبه ذلك يكره التفریق لأن من بدلى قرابة الاب الى الصغير يقوم مقام الاب والذي بدلى اليه بقرابة الام يقوم مقام الام فصاركما لو كان مع الصغير أب أو أم أو لو كان كذلك يكره التفریق كذا هذا امرأة سبيت وفي حجرها بنت صغيرة وقمتا في سهم رجل واحد والمرأة تزعم انها بنتها يكره التفریق بينهما وان كان لا يثبت نسبها بمجرد دعواها في سائر الاحكام لأن الأخبار في كراهة التفریق وردت في حق السبايا ولا يظهر كون الصغير ولد المسيية الا بقولها فيدل على قبول قولها في حق كراهة التفریق ولأن هذا من باب الديانة وقول المرأة الواحدة في الديانات مقبول خصوصا فيما يسلك فيه طريق الاحتياط ولو كبرت الصغيرة في يد السباي وقد كان وطى الكبرة ولم يعلم من المرأة المسيية ارضاع الصغيرة لا ينبغي له أن يقرب البنت وان لم يثبت نسبها من الدعوتها لاحتمال انها بنتها من النسب أو الرضاع فلا يقربها احتياطا ولكن لا يمنع من قربها في الحكم لأن قول المرأة الواحدة في حقوق العباد غير مقبول وان لم تكن الصغيرة في حجرها وقت السبي فلا بأس بالتفریق والجمع بينهما في الوطء لانه اذا لم تكن في حجرها عند السبي فلا دليل على كونها ولدا لها في حق الحكم فلا يقبل قولها أصلا ولو ادعى رجل من السبايا صغيرا أو صغيرة انه ولده قبل قوله ويثبت نسبه منه سواء كان قبل الاحراز بدار الاسلام أو بعده بعدان يكون قبل القسم أو قبل الدخول في ملك خاص بالبيع وغيره لأن دعوى الرجل محيضة ألا ترى انه يثبت نسبه منه فيظهر في حق كراهة التفریق سواء كان الولد وقت السبي في يده أو لم يكن بخلاف دعوة المرأة وكذلك لو ادعت المرأة أن الولد معها من هذا الرجل وهوز وجهها وصدقها ثبت بينهما الزوجة بتصادقهما ويثبت نسب الولد منهما ويكره التفریق بين الصغير وبين أحد همالانه ولدهما باقرارهما ولو ادعى واحد من الغانمين ولدا صغيرا من السبي انه ولده قبل القسم أو البيع صحت دعوته ويكون ولده ثم ينظر ان كان معه علامة الاسلام كان مسلما ولا يسترق وان لم يكن معه علامة الاسلام ثبت نسبه من المدعى ولكنه يسترق لأن دعوته وان صحت في حق ثبات النسب واستندت الى وقت العلوق لكنها لم تصح ولم تستند في حق الاسترقاق لأن فيه ابطال حق الغانمين فلا يصدق في ابطال حق الغير ويجوز أن يصدق الانسان في اقراره في حق نفسه ولا يصدق في حق غيره اذا تضمن ابطال حق الغير كمن أقر بحرية عبد انسان ثم اشتراه صبح الشراء وعنت عليه وكذا لو اشتراه ثم أقر بحريته صبح اقراره في حقه حتى يعتق عليه ولا يصح في حق بائعه حتى لم يكن له أن يرجع بالثمن على بائعه ولهذا نظائر والله عز وجل أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما ما يحصل به التفریق فهو التملك بالبيع لانه تنقطع به منفعة الانس والشفقة وكذلك القسم في الميراث والغنائم لأن القسم لا تخلو عن معنى التملك خصوصا فيما لا مثل له فيحصل بها التفریق فيكرهه ولا بأس أن يعتق أحد هما أو يكاتبه لأن الاعتاق ليس بتمليك بل هو إزالة الملك أو انهاؤه فلا يتحقق به التفریق لانه اذا اعتق يمكنه الاستئناس بصاحبه والاحسان اليه فلم يكن الاعتاق تفرقا وكذلك الكتابة لأن المكاتب حر يدأ فلا تنقطع بها منفعة الانس ونحو ذلك فلا يكون تفرقا والله عز وجل أعلم ولئن كان تفرقا فيقع الاعتاق فوق ضرر التفریق فلا

يكون ضرراً معني ولو باع أحدهما نسمة للعتق يكره عند أبي حنيفة وعند محمد لا يكره (وجه) قوله ان الوفاء بالوعد من مكارم الاخلاق فالظاهر من حالة المشتري ان يجاز ما وعد فيخرج التفريق من أن يكون ضرراً لانه يقابل به نفع أعظم منه وهو العتق (وجه) قول أبي حنيفة عليه الرحمة ان العتق ليس بمشروط في البيع ولو كان مشروطاً ولا وجب فساد البيع فبقى قصد الاعتاق وتنفيذ هذا القصد ليس بلازم فبقى البيع تفرقاً فأكبره حتى لو كان قال المشتري ان اشتريته فهو حر ثم اشتراه قالوا لا يكره بالاجماع لانه يعتق بعد الشراء لا محالة فيخرج البيع من أن يكون ضرراً

فصل وأما صفة البيع الذي يحصل به التفريق انه جائز أم لا فقد اختلف العلماء فيه فقال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله البيع جائز مفيد للحكم بنفسه لكنه مكروه والبائع بالتفريق آثم وقال أبو يوسف رحمه الله البيع فاسد في الوالدين والمولودين وفي سائر ذوى الارحام جائز وقال الشافعي رحمه الله البيع باطل في الكل واحتج بمار وينا من الاحاديث الواردة للنهي عن التفريق أو ما يجزى مجرى النهي والبيع تفرق فكان منهياً والنهي لا يصلح سبباً لثبوت الملك كسائر البياعات التي ورد النهي عنها على أصله فابو يوسف انما خص البيع في الوالدين والمولودين بالفساد لورود الشرع بتفليظ الوعيد بالتفريق فيهم وهو ما روينا ولهما ان قوله تعالى وأحل الله البيع ونحوه من نصوص البيع يقتضي شرعية البيع على العموم والاطلاق فن ادعى التخصيص أو التقييد فعليه الدليل وأما الاحاديث فهي مجملة على النهي عن غير البيع وهو الاضرار فلا يخرج البيع عن أن يكون مشروطاً كالنهي عن البيع وقت النداء وانما حملناه على غير البيع اما حملنا الخبر الواحد على موافقة الكتاب الكريم واما لان النهي لا يرد عما عرف حسنه عقلاً على ما عرف (ومنها) البيع وقت النداء وهو اذان الجمعة لقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا اذا نودي للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا الى ذكر الله وذروا البيع أمر بترك البيع عند النداء نهياً عن البيع لكن لغيره وهو ترك السعي فكان البيع في ذاته مشروطاً بجائز الكثرة يكره لانه اتصل به غير مشروع وهو ترك السعي (ومنها) بيع الحاضر للباد وهو أن يكون لرجل طعام وعلف لا يبيعهما الا لاهل البادية ثم نزل لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا يبيع حاضر لباد دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض ولو باع جاز البيع لان النهي لمعنى في غير البيع وهو الاضرار باهل المصر فلا يوجب فساد البيع كالبيع وقت النداء وهذا اذا كان ذلك بضرب اهل البلد بان كان أهله في قحط من الطعام والعلف فان كانوا في خصب وسعة فلا بأس به لانعدام الضرر (ومنها) بيع متاق السلع واختلف في تفسيره قال بعضهم هو ان يسمع واحد خبر قدوم قافلة بميرة عظيمة فيتلقاهم الرجل ويشترى جميع ما معهم من الميرة ويدخل المصر فيبيع على ما يشاء من الثمن وهذا الشراء مكره لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا تتلقوا السلع حتى تسبط الاسواق وهذا اذا كان يضر باهل البلد بان كان أهله في جذب وقحط فان كان لا يضرهم لا بأس وقال بعضهم تفسيره هو ان يتلقاهم فيشتري منهم بأرخص من سعر البلد وهم لا يعلمون سعر البلد وهذا أيضاً مكره سواء تضرر به اهل البلد أم لا لانه غرم والشراء جائز في صورتين جميعاً لان البيع مشروع في ذاته والنهي في غيره وهو الاضرار بالعامّة على التفسير الاول وتفرير أصحاب السلع على التفسير الثاني (ومنها) بيع المستام على سوم أخيه وهو أن يساوم الرجلان فطلب البائع بسلعته ثمنا ورضى المشتري بذلك الثمن فجاء مشتر آخر ودخل على سوم الاول فاشتراه بزيادة أو بذلك الثمن لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا يستام الرجل على سوم أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه وروى لا يسوم الرجل على سوم أخيه والنهي لمعنى في غير البيع وهو الاضرار فكان نفس البيع مشروعاً عافيه جزاءه ولكنه يكره وهذا اذا جئنا بالبائع للبيع بالثمن الذي طلبه المشتري الاول فان كان لم ينجح له فلا بأس للثاني أن يشتريه لان هذا ليس استيئاماً على سوم أخيه فلا يدخل تحت النهي ولا نعدام معنى الاضرار أيضاً بل هو بيع من يزيد وانه ليس بمكره لما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم باع قدحاً وحلّس له ببيع من يزيد وما كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يبيع ببيعاً مكرهاً وكذا في النكاح اذا خطب رجل امرأة وركن قلبها

اليه يكره لغيره أن يخطبها لمار ويناوان لم يكن فلا بأس به (ومنها) بيع السلاح من أهل الفتنة وفي عساكرهم لا يبيعهم منهم من باب الاعانة على الأثم والعدوان وأنه منهي ولا يكره بيع ما يتخذ منه السلاح منهم كالخديد وغيره لأنه ليس معد للقتال فلا يتحقق معنى الاعانة ونظيره بيع الخشب الذي يصلح لاتخاذ المزمارة لا يكره وإن كره بيع المزمار (وأما) ما يكره مما يتصل بالبيع (فمنها) الاحتكار وقد ذكرنا جملة الكلام فيه في باب الكراهية والخاصة بهذا الموضع أولى (ومنها) النجش وهو أن يدع السلعة ويطلبها بثمن ثم لا يشتريه بنفسه ولكن ليسمع غيره فيز يد في ثمنه وأنه مكره لمار ومى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن النجش ولأنه احتيال للاضرار بأخيه المسلم وهذا إذا كان المشتري يطلب السلعة من صاحبها بمثل ثمنها فاما إذا كان يطلبها بأقل من ثمنها فنجش رجل سلعة حتى تبلغ الى ثمنها فهذا ليس بمكر وهوان كان الناجش لا يريد شراءها والله عز وجل أعلم

فصل في أحكام البيع وأما حكم البيع فلا يمكن الوقوف عليه إلا بعد الوقوف على تسمية البياعات في حق الحكم فنقول وبالله التوفيق البيع في حق الحكم لا يخلو إما أن يكون صحيحاً وإما أن يكون فاسداً وإما أن يكون باطلاً وإما أن يكون موقوفاً والصحيح لا يخلو إما أن يكون فيه خيار أو لا خيار فيه أما البيع الصحيح الذي لا خيار فيه فله أحكام لكن بعضها أصل وبعضها من التوابع (أما) الحكم الأصلي فالكلام فيه في موضعين في بيان أصل الحكم وفي بيان صفته (أما) الأول فهو بثوث الملك للمشتري في المبيع وللبائع في الثمن للحال فلا بد من معرفة المبيع والثمن لمعرفة حكم البيع والأحكام المتعلقة بهما فيقع الكلام في موضعين أحدهما في تفسير المبيع والثمن والثاني في بيان الأحكام المتعلقة بهما (أما) الأول فنقول ولا قوة إلا بالله تعالى المبيع والثمن على أصل أبحاثنا من الأسماء المتباينة الواقعة على معان مختلفة فالمبيع في الأصل اسم لما يتعين بالتعيين والثمن في الأصل ما لا يتعين بالتعيين وإن احتمل تغير هذا الأصل بعرض بان يكون ما لا يحتمل التعيين مبيعاً كالمسلم فيه وما يحتمله ثمناً كرس مال السلم إذا كان عيناً على ما ذكره أن شاء الله تعالى (وأما) على أصل زفر رحمه الله وهو قول الشافعي رحمه الله فالمبيع والثمن من الأسماء المترادفة الواقعة على مسمى واحد وإنما يتغير أحدهما عن الآخر في الأحكام بحرف الباء وإذا عرف هذا فالدرهم والدنانير على أصل أبحاثنا ثمنان لا تتمين في عقود المعامضات في حق الاستحقاق وإن عينت حتى لو قال بعت منك هذا الثوب بهذه الدراهم أو بهذه الدنانير كان للمشتري أن يمسك المشار اليه ويرد مثله ولكنها تتعين في حق ضمان الجنس والنوع والصفة والقدر حتى يجب عليه رد مثل المشار اليه جنساً ونوعاً وقدرًا وصفة ولو هلك المشار اليه لا يبطل العقد وعلى أصلهما يتعين حتى يستحق البائع على المشتري الدراهم المشار اليها كما في سائر الأعيان المشار اليها ولو هلك قبل القبض يبطل العقد كالأول هلك سائر الأعيان (وجه) قوله ما ان المبيع والثمن يستعملان استعمالاً واحداً قال الله تعالى ولا تشتروا بآياتي ثمناً قليلاً يسمى سبحانه وتعالى المشتري وهو المبيع ثم نادى على ان الثمن مبيع والمبيع ثمن ولهذا جاز أن يذكر الشراء بمعنى البيع يقال شريت الشيء بمعنى بعتته قال الله تعالى وشروه بثمن بخس دراهم أى وباعوه ولان ثمن الشيء قيمته وقيمة الشيء ما يقوم مقامه ولهذا يسمى قيمة لقيامه مقام غيره والثمن والمثل كل واحد منهما يقوم مقام صاحبه فكان كل واحد منهما ثمناً ومبيعاً دل أنه لا فرق بين الثمن والمبيع في اللغة والمبيع يحتمل التعيين بالتعيين فكذلك الثمن إذا هو مبيع على ما بينا (ولنا) ان الثمن في اللغة اسم لما في الذمة هكذا نقل عن الفراء وهو امام في اللغة ولان أحدهما يسمى ثمناً والآخر مبيعاً في عرف اللغة والشرع واختلاف الاسامى دليل اختلاف المعاني في الأصل إلا أنه يستعمل أحدهما مكان صاحبه توسعاً لان كل واحد منهما يقابل صاحبه فيطلق اسم أحدهما على الآخر لوجود معنى المقابلة كما يسمى جزاء السيئة سيئة وجزاء الاعتداء اعتداء (فاما) الحقيقة فما ذكرنا وإذا كان الثمن اسماً لما في الذمة لم يكن محتملاً للتعيين بالإشارة فلم يصح التعيين حتمية في حق استحقاق العين فجعل كناية عن بيان الجنس المشار اليه ونوعه وصفته وقدره تصحيحاً لتصرف العاقل بقدر الامكان ولان التعيين غير مفيد لان كل عوض يطلب من المعين في المعامضات يمكن استيفاءه من

مثله فلم يكن التعيين في حق استحقاق العين مفيداً في بيان حق الجنس والنوع والصفة والقدر لان التعيين في حقه مفيد سم الدراهم والدنانير عندنا أئمان على كل حال أى شئ كان في مقابلتها وسواء دخله حرف الباء فيها أو فيما يتماثلها لا تتعين بالتعيين بحال فكأن أئماناً على كل حال (وأما) ما سواهما من الاموال فان كان مما لا مثل له من العدييات المتفاوتة والذريعات فهو مبيع على كل حال لانها تتعين بالتعيين بل لا يجوز بيعها الا عيناً الا الثياب الموصوفة المؤجلة سالماً فانها ثبتت ديناً في الذمة مبيعة بطريق السلم استحساناً بخلاف القياس لحاجة الناس الى السلم فيها وكذا الموصوف المؤجل فيها لا بطريق السلم ثبتت ديناً في الذمة نعمنا استحساناً وان كان مما له مثل كالكميلات والموزونات والعدييات المتقاربة فان كان في مقابلة المسكيل أو الموزون دراهم أو دنانير فهو مبيع وان كان في مقابلته ما لا مثل له من الاعيان التي ذكرنا فانه ينظر ان كان المسكيل أو الموزون معيناً فهو مبيع وان لم يكن معيناً يحكم فيه حرف الباء فما دخله فهو ثمن والاخر مبيع وان كان أحدهما معيناً والاخر موصوفاً أو كان كل واحد منهما موصوفاً فانه يحكم فيه حرف الباء فما يحبه فهو الثمن والاخر المبيع (وأما) القلوس الرأجة فان قوبلت بخلاف جنسها فهي أئمان وكذا ان قوبلت بجنسها متساوية في العدد وان قوبلت بجنسها متفاضلة في العدد فهي مبيعة عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد هي أئمان على كل حال والله عز وجل أعلم (وأما) بيان ما يتعلق بهما من الاحكام (فمنها) انه لا يجوز التصرف في المبيع المنقول قبل القبض بالاجماع وفي العقار اختلاف ويجوز التصرف في الاثمن قبل القبض الا الصرف والسلم وقال الشافعي رحمه الله ان كان الثمن عيناً لا يجوز التصرف فيها قبل القبض وهذا على أصله مستقيم لان الثمن والمبيع عند من الاسماء المترادفة الواقعة على مسمى واحد فكان كل واحد منهما مبيعاً ولا يجوز بيع المبيع قبل القبض وان كان ديناً فله فيه قولان في قول لا يجوز أيضاً لما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام انه نهى عن بيع ما لم يقبض فيتناول العين والدين (ولنا) ما روى عن عبد الله بن سيدنا عمر رضي الله عنهما انه قال يا رسول الله انا نبيع الا بالقبض ونأخذ مكان الدراهم الدنانير ومكان الدنانير الدراهم فتعال عليه الصلاة والسلام لا بأس اذا كان بسعر يومهما واقرقما وليس بينكما شئ وهذا نص على جواز الاستبدال من ثمن المبيع ولان قبض الدين قبض العين لان قبض نفس الدين لا يتصور لانه عبارة عن مال حكى في الذمة أو عبارة عن الفعل وكل ذلك لا يتصور فيه قبضه حقيقة فكان قبضه قبض بدله وهو قبض الدين فتصير العين المقبوضة مضمونة على القابض وفي ذمة المقبوض منه مثلها في المالية فيلتقيان قصاصاً هذا هو طريق قبض الديون وهذا المعنى لا يوجب الفصل بين أن يكون المقبوض من جنس ما عليه أو من خلاف جنسه لان المقاصد انما تتحقق بالمعنى وهو المالية والاموال كلها في معنى المالية جنس واحد وبه تبين ان المراد من الحديث العين لا الدين لان النهى عن بيع ما لم يقبض يقتضي أن يكون المبيع شيئاً يحتمل القبض ونفس الدين لا يحتمل القبض على ما بينا فلا يتناول النهى بخلاف السلم والصرف (أما) الصرف فلان كل واحد من بدلي الصرف مبيع من وجهه وثن من وجهه لان البيع لا بد له من مبيع اذ هو من الاسماء الاضافية وليس أحدهما يجعل مبيعاً أولى من الاخر فيجعل كل واحد منهما مبيعاً من وجهه وثناً من وجهه من حيث هو ثمن يجوز التصرف فيه قبل القبض كسائر الاثمن ومن حيث هو مبيع لا يجوز فرجاً بجانب الحرمة احتياطاً (وأما) المسلم فيه فلانه مبيع بالنص والاستبدال بالمبيع المنقول قبل القبض لا يجوز ورأس المال الحق بالمبيع العين في حق حرمة الاستبدال شرعاً فدعى اللاحق في سائر الاموال فعليه الدليل وكذا يجوز التصرف في القرض قبل القبض وذكر الطحاوي رحمه الله انه لا يجوز فرق بين القرض وسائر الديون (ووجه) الفرق له ان الاقراض اعارة لا مبادلة الا ترى انه لا يلزم الاجل فيه كافي العارية ولو كان مبادلة للزم فيه الاجل وكذا لا يملكه الاب والوصى والمكاتب والمأذون وهؤلاء يملكون المبادلة ولانه لو جعل مبادلة لما جاز لانه يتمكن فيه الربا وهو فضل العين على الدين دل انه اعارة والواجب في العارية رد العين وأنه لا يحصل بالاستبدال (وجه) ظاهر الرواية ان الاقراض في الحقيقة مبادلة الشئ مثله فان

الواجب على المستقرض مثل ما استقرض ديناً في ذمته لا عنه فكان محتماً للاستبدال كسائر الديون ولهذا اختص
 جوازه بحاله مثل من المكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة دل أن الواجب على المستقرض تسليم مثل ما
 استقرض لا تسليم عنه إلا أنه أقيم تسليم المثل فيه مقام تسليم العين كأنه انتفع بالعين مدة ثم ردها إليه فاشبهه دين
 الاستهلاك وغيره والله عز وجل أعلم (ومنها) أنه لا يجوز بيع ما ليس عند البائع إلا السلم خاصة لما روى أن رسول
 الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخص في السلم ويجوز الشراء بثمن ليس عند المشتري لما
 روى أن النبي عليه الصلاة والسلام اشترى من يهودي طعاماً بثمن ليس عنده ورهنه درعه وعلى هذا يخرج ما إذا
 قال اشترت منك هذه الحنطة بدرهم أو ديناراً إلى شهر أو قال اشترت منك درهماً وديناراً إلى شهر بهذه الحنطة أنه
 يجوز لما ذكرنا أن الدرهم والدينار أثمان على كل حال فكان ما يقابلها مبيعاً فيكون مشترياً بثمن ليس عنده وأنه جائز ولو
 قال بعت منك قفيز حنطة بهذا الدرهم أو بهذا الدينار ووصف الحنطة لكنه لم يذكر شرائط السلم أو قال بعت منك هذا
 الدرهم أو هذا الدينار بقفيز من حنطة ووصفها ولم يذكر شرائط السلم لا يجوز لأن الدرهم والدينار أثمان بأي شيء
 قوبلت فكان ما يقابلها مبيعاً فيكون بائناً ما ليس عنده ولا يجوز بيع ما ليس عند الإنسان إلا السلم خاصة ولم يذكر
 شرائط السلم فلماذا كفي هذا البيع شرائط السلم جاز عند أصحابنا الثلاثة وإن لم يذكر كلف السلم وعندنا فلا يجوز ما لم
 يذكر كلف السلم والصحيح قولنا لما ذكرنا أن السلم نوع يبيع إلا أنه يبيع اختصاص شرائطه فإذا أتى بها فقد أتى بالسلم وإن
 لم يلفظ به ولو نصارفاً ديناراً بديناراً أو عشرة دراهم بعشرة دراهم أو ديناراً بعشرة غير أعيانها وليس عند هاشم شيء من ذلك
 فاستقرض في المجلس ثم تقاضا وافتراقاً جاز لأن الدرهم والدينار أثمان على كل حال فكان كل واحد منهما مشترياً بثمن
 ليس عنده لا بائناً وأنه جائز إلا أنه لا بد من التقابض لأنه صرف ولو تباعاً بتبر غير أعيانها وليس عند هاشم شيء من
 ذلك ثم استقرض قبل الافتراق فتقاضا ثم افتراقاً فقهر وإيتان ذكر في الصرف أنه يجوز وجعله بمنزلة الدرهم والدينار
 المضروبة وذكروا في المضاربة وجعله بمنزلة العروضة حيث قال لا تجوز المضاربة فعل هذه الرواية لا يجوز البيع
 ويحتمل أن يوفق بين الرويتين بأن تحمل رواية كتاب الصرف على موضع يرجع التبر فيه وراج الدرهم والدينار
 المضروبة ورواية كتاب المضاربة على موضع لا يرجع واجها وعلى هذا يخرج ما إذا قال بعت منك هذا العبد
 بكذا كحنطة ووصفها أنه يجوز لأنه جعل الحنطة الموصوفة ثمناً حيث أدخل فيها حرف الباء فيكون الآخر مبيعاً
 فكان هذا بيع العبد بحنطة موصوفة في الذمة فيجوز ولو قال اشترت منك كذا كحنطة ووصفها بهذا العبد لا يجوز
 إلا بطريق السلم لأنه جعل العبد ثمناً بدلالة حرف الباء فكانت الحنطة مبيعة فكان بائناً ما ليس عنده فلا يجوز إلا
 بشرائط السلم من الاجل وبيان مكان الأيفاء وقبض رأس المال ونحو ذلك عندنا وعندنا فلا يجوز ما لم يذكر كلف
 السلم على ما مر وعلى هذا يخرج ما إذا قال بعت منك هذه الحنطة على أنها قفيز بقفيز حنطة ووصفها أو قال بعت منك
 هذه الحنطة على أنها قفيز بقفيز شعير ووصفها ما إن البيع جائز لأنه جعل العين منهما مبيعاً والدين الموصوف في الذمة
 ثمناً بادخال حرف الباء عليه فيجوز لكن قبض الدين منهما قبل الافتراق بشرط لأن من شرط جواز البيع أن يكون
 الافتراق فيه عن عين بعين وذلك قبض الدين منهما لأن الدين لا يتعين إلا بالقبض ولو قبض الدين منهما ثم افتراقاً
 عن المجلس قبل قبض العين جاز لأنهما افتراقاً عن عين بعين ولو قال اشترت منك قفيز حنطة ووصفها بهذا القفيز
 من الحنطة أو قال اشترت منك قفيز شعير ووصفها بهذه الحنطة على أنها قفيز لا يجوز وأن أحضر الموصوف
 في المجلس لأنه جعل الموصوف منهما مبيعاً والآخر ثمناً بقربينة حرف الباء فيكون بائناً ما ليس عنده وبيع ما ليس عند
 الإنسان لا يكون إلا بطريق السلم ولا سبيل إلى تجويزه سلباً لأن الإسلام المكيل في المكيل لا يجوز ولو تباعاً مكيلاً
 موصوفاً بمكيل موصوف أو موزوناً موصوفاً بموزون موصوف مما يتعين بالتعيين بأن قال بعت منك قفيز حنطة
 ووصفها بقفيز حنطة ووصفها أو بقفيز شعير ووصفها أو قال بعت منك من سكر ووصفه بن سكر ووصفه وليس

عندهما شيء من ذلك ثم استقرضا وتقا بضائهما افتراقا لا يجوز البيع لان الذي يحبه منهما حرف الباء يكون ثمتا والاخر
مبيعا فيكون بائعا ما ليس عنده فلا يجوز الا ساما والسلم في مثله لا يجوز لانه اسلام المكيل في المكيل واسلام الموزون
الذي يتعين في الموزون الذي يتعين وكل ذلك لا يجوز والله عز وجل أعلم وعلى هذا يخرج الشراء بالدين ممن عليه
الدين شيئا بعينه أو بغير عينه قبضه أو لم يقبضه وجملة الكلام فيه ان الدين لا يخلو من أن يكون دراهم أو دنائير أو فلوساً
أو مكيلاً أو موزوناً أو قيمة المستهلك فان كان دراهم أو دنائير فاشترى به شيئا بعينه جاز الشراء وقبض المشتري ليس
بشرط لانه يكون افتراقا عن عين بدين وأنه جائز فيلّا يتضمن ر بالنساء ولا يتضمن ههنا وكذلك ان كان الدين مكيلاً
أو موزوناً أو قيمة المستهلك لما قلنا ولو اشترى بدينه وهو دراهم شيئا بغير عينه بأن اشترى بهادئيراً أو فلوساً أو هو
فلوس فاشترى بهادئيراً أو فلوساً جاز الشراء اسكن يشترط قبض المشتري في المجلس حتى لا يحصل الافتراق
عن دين بدين لان المشتري لا يتعين الا بالقبض ولو كان دينه دراهم أو دنائير أو فلوساً فاشترى بهامكيلاً موصوفاً أو
موزوناً موصوفاً أو ثياباً موصوفة مؤجلة لم يحز الشراء لان الدرهم والدنائير أثمان على كل حال وكذا الفلوس عند
المقابلة بخلاف جنسها فلم تكن مبيعة فكان الآخر مبيعا بائعا ما ليس عند الانسان ولا يجوز بيع ما ليس عند الانسان
الا بطريق السلم ولا سبيل الى تجوز به بطريق السلم لان رأس المال دين بخلاف القصل الاول لان كل واحد
منهما ثمتا فكان مشتر ياثن ليس عنده وأنه جائز لكن لا بد من التسليم كيلا يكون الافتراق عن دين بدين وان كان
الدين مكيلاً أو موزوناً وباعه بدرهم أو بدنائير أو بفلوس أو اشترى هذه الاشياء بدينه جاز لان الدرهم والدنائير
أثمان على كل حال وكذا الفلوس عند مقابلة بخلاف جنسها فكان من عليه الدين مشتر ياثن ليس عنده وذلك
جائز لكن يشترط القبض في المجلس لئلا يؤدي الى الافتراق عن دين بدين ولو اشترى بالدين الذي هو مكيل أو
موزون مكيلاً أو موزوناً من خلاف جنسه ينظر ان جعل الدين منهما مبيعا والاخر ثمتا بأن أدخل فيه حرف
الباء وان كان بغير عينه جاز لانه يكون مشتر ياثن ليس عنده الا ان القبض في المجلس شرط فلا يكون افتراقا عن دين
بدين وان جعل الدين منهما ثمتا بأن أدخل حرف الباء فيه والاخر مبيعا لم يحز الشراء وان أحضر في المجلس لانه باع
ما ليس عنده وبيع ما ليس عند الانسان لا يجوز الا بطريق السلم واذا كان رأس المال ديناً لا يجوز السلم وان
كان الدين قيمة المستهلك فان كان المستهلك ماله مثل فهذا الاول سواء لان الواجب باستهلاكه كمثل ما اذا
اشترى به شيئاً من خلاف جنسه فكذلك ما ذكرنا وان كان ماله مثل له فاشترى به شيئاً بعينه جاز وقبض المشتري
ليس بشرط لان الواجب باستهلاكه القيمة والقيمة دراهم أو دنائير فصارت مشتر ياثن الدرهم والدنائير شيئاً بعينه
فيجوز ولا يشترط قبض المشتري لانه يحصل الافتراق عن عين بدين ولا بأس به فيلّا يتضمن ر بالنساء ولو اشترى
به شيئاً بغير عينه من المكيل أو الموزون ينظر ان جعل ماله مبيعا وهذا ثمتا بأن أدخل عليه حرف الباء يجوز
الشراء لانه اشترى بدين ليس عنده فيجوز لكن لا بد من القبض في المجلس وان جعل ماله ثمتا بأن صحبه حرف
الباء لا يجوز وان أحضر في المجلس لانه باع ما ليس عند الانسان فلا يجوز الا بطريق السلم ولا سبيل اليه لان
رأس ماله دين ولو وقع الصلح عن المستهلك على الدرهم أو الدنائير وقضى به الحاكم جاز ولا يكون القبض شرطاً لان
هذا ليس شراء بالدين بل هو نفس حقه ولو صالح على دراهم أو دنائير أكثر من قيمة المستهلك جاز الصلح عند أبي
حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد يجوز بقدر القيمة والفضل على القيمة باطل وهي من مسائل النصب نذكرها ان شاء
الله تعالى ولوتبايعا فلوس باعياتها بان قال بعت منك هذا الثوب أو هذه الخنطة بهذه الفلوس جاز ولا يتعين وان
عينت بالاشارة اليها حتى كان للمشتري أن يمسكها ويرد مثلها ولو هلك قبل القبض لا يطل البيع لانه وان لم
تكن في الوضع ثمتا فقد صارت ثمتا باصطلاح الناس ومن شأن الثمن ان لا يتعين بالتعيين وكذا اذا تبايعا درهما بعينه أو
دينار بعينه بفلوس باعياتها فالتمتعين أيضاً كمالا تتعين الدرهم والدنائير لما قلنا الا ان القبض في المجلس ههنا شرط

بقاء العقد على الصحة حق لو افتراق من غير تقابض أصلاً يبطل العقد لحصول الافتراق عن دين بدين ولو لم يوجد القبض
 الا من أحد الجانبين دون الآخر فافتراق مضي العقد على الصحة لان المقبوض صار عيناً بالقبض فكان افتراقاً عن عين
 بدين وانه جائز اذا لم يتضمن ربالنساء ولم يتضمن ههنا لانعدام القدر المتفق والجنس وكذا اذا ابتاعاً فلساً بعينه بفلس
 بعينه فالقبض لا يتعينان وان عيناً الا أن القبض في المجلس شرط حتى يبطل بترك التقابض في المجلس لكونه افتراقاً
 عن دين بدين ولو قبض أحد البدين في المجلس افتراقاً قبل قبض الآخر ذكر الكرخي أنه لا يبطل العقد لان
 اشتراط القبض من الجانبين من خصائص الصرف وهذا ليس بصرف فيكتفى فيه بالقبض من أحد الجانبين لان به
 يخرج عن كونه افتراقاً عن دين بدين وذكر في بعض شروح مختصر الطحاوي رحمه الله أنه يبطل لكونه صرفاً بل
 تمكن ربالنساء فيه لوجود أحد وصفي علة بالفضل وهو الجنس وهو الصحيح ولو تبايعا فلوساً بدرهم على أن
 كل واحد منهما بالخيار وتقابضاً وافتراقاً بطل البيع لان الخيار يمنع انعقاد العقد في حق الحكم فيمنع صحة التقابض
 فيحصل الافتراق لا عن قبض أصلاً فيبطل البيع ولو كان الخيار لا خدماً فكذلك عند أبي حنيفة وعندهما
 يجوز بناء على أن شرط الخيار يعمل في الجانبين جميعاً عنده وينعدم القبض من الجانبين وعندهما لا يعمل الا من
 جانب واحد فينعدم القبض من أحد الجانبين وهذا لا يمنع جواز العقد والاصل المحفوظ أن العقد في حق القبض على
 مراتب منها ما يشترط فيه التقابض وهو القبض من الجانبين وهو الصرف ومنها ما لا يشترط فيه القبض أصلاً
 كبيع العين بالعين مما سوى الذهب والفضة وبيع العين بالدين مما لا يتضمن ربالنساء كبيع الخنطة بالدرهم ونحوها
 ومنها ما يشترط فيه القبض من أحد الجانبين كبيع الدرهم بالفلس وبيع العين بالدين مما يتضمن ربالنساء كبيع
 المكيل بالمكيل والموزون بالموزون اذا كان الدين منهما مائناً وبيع الدين بالعين وهو السلم ولو تبايعا فلساً بعينه
 بفلسين بأعيانهما جاز عند أبي حنيفة وأبي يوسف وتعيين كل واحد منهما حتى لو هلك أحدهما قبل القبض
 بطل العقد وكذا اذا رد بالعيب أو استحق ولو أراد أحدهما أن يدفع مثله ليس له ذلك وعند محمد لا يتعين ولا يجوز
 البيع وقد ذكرنا المسألة مع دلائلها فيما تقدم ولو تبايعا فلساً بغير عينه بفلسين بغير أعيانهما أو عين أحدهما بغير
 الآخر لا يجوز في الرواية المشهورة عنهم وعن أبي يوسف أنه يجوز والصحيح جواب ظاهر الرواية لان الفلس
 في هذه الحالة لا يخلو من أن يكون من العروض أو من الاثمان فان كان من العروض فالتعيين في العروض شرط
 الجواز ولم يوجد وان كان من الاثمان فالمساواة فيها شرط الجواز ولم يوجد ولا يجوز هذا البيع يؤدي الى ريح
 ما لم يضمن لان المشتري الفيلس يقبضهما وينتقد أحدهما ويبقى الآخر عن غير ضمان فيكون ريح ما لم يضمن
 وانه منهى ولو تبايعا فلساً بفلسين وشرطاً الخيار ينسب أن يجوز على قولهما لان الفلس في هذه الحالة
 كالعروض وعندهما لا يشترط فيها فلم يكن الخيار مانعاً والله عز وجل أعلم ولو اشترى شيئاً بفلس كاسدة في موضع
 لا تنفق فان كانت بأعيانهما جاز وان لم تكن معينة لم يحز لانها في ذلك الموضع عروض والتعيين شرط الجواز في بيع
 العروض ومنها أن البائع حق حبس المبيع حتى يقبض الثمن اذا كان الثمن حالاً وليس للمشتري أن يمتنع من تسليم
 الثمن الى البائع حتى يقبض المبيع اذا كان المبيع حاضراً لان البيع عقد معاوضة والمساواة في المعاوضات مطلوبة
 للمعاوضين عادة وحق المشتري في المبيع قد تعين بالتعيين في العقد وحق البائع في الثمن لم يتعين بالعقد لان الثمن في
 الذمة فلا يتعين بالتعيين الا بالقبض فيسلم الثمن أولاً ليتعين فتحقق المساواة وان كان المبيع غائباً عن حضرتهما
 فلم يشتري أن يمتنع عن التسليم حتى يحضر المبيع لان تقديم تسليم الثمن لتحقيق المساواة واذا كان المبيع غائباً
 لا تتحقق المساواة بالتقديم بل يتقدم حق البائع ويتأخر حق المشتري حيث يكون الثمن بالقبض عيناً ماثراً اليه
 والمبيع لا ولان من الجائز أن المبيع قد هلك وسقط الثمن عن المشتري فلا يؤثر بالتسليم الا بعد احضار المبيع سواء
 كان المبيع في ذلك المصراً وفي موضع آخر بحيث تلحقه المؤنة بالاحضار فرق بين هذا وبين الرهن فان الراهن اذا

متنع من قضاء الدين لا حضار الرهن ينظر في ذلك ان كان الرهن في ذلك المصر بحيث لا يلحق المرتهن مؤنة في
الاحضار يوم مر باحضاره أولا كفا في البيع لجواز أن الرهن قد هلك وسقط الدين عن المرتهن بقدره وان كان في
موضع يلحقه المؤنة في الاحضار لا يوم المرتهن بالاحضار أولا بل يوم مر الراهن بقضاء الدين أولا ان كان مقرا ان
الرهن قائم ليس بهالك وان ادعى أنه هالك وقال المرتهن هو قائم فالقول قول المرتهن مع يمينه فاذا حلف يوم مر قضاء
الدين (ووجهه) الفرق بينهما ان البيع عقد معاوضة ومبنى المعاوضة على المساواة ولا تتحقق المساواة الا بالاحضار
على ما مر بخلاف الرهن فانه عقد ليس بمعاوضة بل هو عقد أمانة بمنزلة عقد الوديعة كان المرهون أمانة في يد المرتهن الا
أنه اذا هلك بسقط الدين عن الراهن لا لكونه مضمونا بل لمعنى آخر على ما عرف واذا لم يكن معاوضة لم يكن الدين
عوضا عن الرهن فلا يلزم تحقيق المساواة بينهما باحضار الرهن اذا كان بحيث تلحقه المؤنة بالاحضار ولو تبايعا عينا
بعين سلعا ما لاذكرنا ان المساواة في عقد المعاوضة مطلوبة للمتعاوضين عادة وتحقيق المساواة ههنا في التسليم معا
ولان تسليم المبيع مستحق وليس أحدهما بتقديم التسليم أولى من الآخر لان كل واحد منهما مبيع فيسلما معا
وكذا لو تبايعا دينين سلعا معا تحقيقا للمساواة التي هي مقتضى المعاوضات المطلقة ولا يستواء كل واحد منهما في
استحقاق التسليم بخلاف ما اذا تبايعا عينا بدين لان الدين لا يصير عينا الا بالقبض فلا تتحقق المساواة الا بتسليمه
أولا على ما بينا والله عز وجل أعلم (ومنها) ان هلاك المبيع قبل القبض يوجب انفساخ البيع وجملة الكلام فيه ان
المبيع لا يخلو اما أن يكون أصلا واما أن يكون تبعا وهو الزوائد المتولدة من المبيع فان كان أصلا فلا يخلو اما ان هلك
كله واما ان هلك بعضه ولا يخلو اما ان هلك قبل القبض واما ان هلك بعده وكل ذلك لا يخلو اما ان هلك بأففة سماوية
واما ان هلك بفعل البائع أو بفعل المشتري أو بفعل أجنبي فان هلك كله قبل القبض بأففة سماوية أو انفسخ البيع لانه
لو بقي أو جوب مطالبة المشتري بالثمن واذا طالبه بالثمن فهو يطالبه بتسليم المبيع وأنه عاجز عن التسليم فمتنع المطالبة
أصلا فلم يكن في بقاء البيع فائدة فينفسخ واذا انفسخ البيع سقط الثمن عن المشتري لان انفساخ البيع ارتقاعه من
الاصل كأن لم يكن وكذا اذا هلك بفعل المبيع بان كان حيوانا قتل نفسه لان فعله على نفسه هدر فكان هلك
بأففة سماوية وكذا اذا هلك بفعل البائع يبطل البيع ويسقط الثمن عن المشتري عندنا وقال الشافعي رحمه الله
لا يبطل وعلى البائع ضمان القيمة أو المثل (وجهه) قوله انه أتلف مالا مملوكا للغير بغير إذنه فيجب عليه ضمان المثل أو
القيمة كما لو أتلفه بعد القبض ولا فرق سوى أن المبيع قبل القبض في يده وهذا لا يمنع وجوب الضمان كالمرتهن اذا
أتلف المرهون في يده (ولنا) ان المبيع في يد البائع مضمون بأحد الضمانين وهو الثمن ألا ترى لو هلك في يده سقط
الثمن عن المشتري فلا يكون مضمونا بضمان آخر اذا حل الواحد لا يقبل الضمانين بخلاف الرهن فان المضمون بالرهن
على المرتهن معنى المرهون لا عينه بل عينه أمانة حتى كان كفته وثقلته على الراهن والمضمون بالتلاف عينه فإيجاب
ضمان القيمة لا يؤدي الى كون الحل الواحد مضمونا بضمانين لا اختلاف محل الضمان بخلاف البيع وسواء كان
البيع باتا أو بشرط الخيار لان المبيع في يد البائع مضمون بالثمن في الحالين فيمنع كونه مضمونا بضمان آخر وان هلك
بفعل المشتري لا ينفسخ البيع وعليه الثمن لانه بالتلاف صار قابضا كل المبيع لانه لا يمكنه اتلافه الا بعد اثبات يده
عليه وهو معنى القبض فيقرر عليه الثمن وسواء كان البيع باتا أو بشرط الخيار للمشتري لان خيار المشتري لا يمنع
زوال البيع عن ملك البائع بلا خلاف فلا يمنع صحة القبض فلا يمنع ثمن وان كان البيع بشرط الخيار للبائع أو كان
البيع فاسدا فعليه ضمان مثله ان كان مماله مثل وان كان مماله مثل له فعليه قيمته لان خيار البائع يمنع زوال السلعة عن
ملكه بلا خلاف فكان المبيع على حكم ملك البائع وملكه مضمون بالمثل أو القيمة وكذا المبيع يباع فاسدا مضمون
بالمثل أو القيمة وان هلك بفعل أجنبي فعليه ضمانه لا شك فيه لانه أتلف مالا مملوكا للغير بغير إذنه ولا يدل عليه فيكون
مضمونا عليه بالمثل أو القيمة والمشتري بالخيار ان شاء ففسخ البيع فيعود المبيع الى ملك البائع فيتبع الجاني فيضمنه

مثله ان كان من ذوات الامثال وقيمته ان لم يكن من ذوات الامثال وان شاء اختار البيع فاتبع الجاني بالضمان
واتبعه البائع بالثمن لان المبيع قد تعين في ضمان البائع لانه كان عينا فصا رقيمة وتعين المبيع في ضمان البائع بوجوب الخيار
ثم ان اختار الفسخ وفسخ واتبع البائع الجاني بالضمان وضمنه ينظر ان كان الضمان من جنس الثمن وفيه فضل على الثمن
لا يطيب له الفضل لان الفضل ربح مالم يملك لزوال المبيع عن ملكه بنفس البيع و ربح مالم يضمن لا يطيب له
الني عليه الصلابة والسلام عن ربح مالم يضمن ولم يفسد من شبهة الر با فربح مالم يضمن أولى وان كان الضمان من
خلاف جنس الثمن طاب الفضل لان الر بالا يتحقق عند اختلاف الجنس وان اختار البيع واتبع الجاني بالضمان
وضمنه فان كان الضمان من جنس الثمن لا يطيب له الفضل لانه ربح مالم يضمن في حقه لا ربح مالم يملك لان المبيع
ملكه وان كان من خلاف جنسه طاب الفضل له لما قلنا ولو كان المشتري عبدا فقتله أجنبي قبل القبض فان كان
القتل خطأ لا يفسخ البيع والمشتري خيار الفسخ والبيع لما قلنا إلا أن ههنا اذا اختار الفسخ وفسخ البيع اتبع
البائع عاقلة القاتل فأخذ قيمته في ثلاث سنين وان اختار المبيع اتبع العاقلة قيمته في ثلاث سنين ولو كان القتل
عمدا اختلفوا فيه على ثلاثة أقوال قال أبو حنيفة عليه الرحمة ان المشتري بالخيار ان شاء ففسخ البيع وللبائع أن يقتص
القاتل بعبدته وان شاء اختار البيع وله أن يقتص القاتل بعبدته وعليه جميع الثمن وقال أبو يوسف رحمه الله المشتري
بالخيار ان شاء ففسخ البيع ويعود المبيع الى ملك البائع وليس للبائع أن يقتص ولكنه يأخذ من مال القاتل القيمة في
ثلاث سنين وان شاء اختار البيع وللمشتري أن يقتص وعليه جميع الثمن وقال محمد لا قصاص على القاتل بحال
والمشتري بالخيار ان شاء ففسخ البيع والبائع يأخذ القيمة من القاتل في ثلاث سنين وان شاء اختار البيع واتبع القاتل
بالقيمة في ثلاث سنين (وجهه) قول محمد رحمه الله ان العبد لم يكن على ملك البائع وقت القتل بل كان على ملك المشتري
فلم ينعقد السبب موجبا للقصاص للبائع وملك المشتري لم يكن مستقرا بل كان محتملا للعود الى ملك البائع بالفسخ
فلا تثبت ولاية الاقتصاص لاحدهما (وجهه) قول أبي يوسف انه لا سبيل الى اثبات ولاية الاقتصاص للبائع لما قاله
محمد وهوان القتل صادف محلا ليس بمملوك للبائع عند القتل فاما الملك فثبت للمشتري وقت القتل وقد لزمت وتقرر
باختيار المشتري فثبتت له ولاية الاستيفاء ولا بى حنيفة رضى الله عنه انه أمكن القول بثبوت ولاية الاستيفاء لهما
على اعتبار اختيار الفسخ وعلى اعتبار اختيار البيع أما على اعتبار اختيار البيع فلما قاله أبو يوسف وأما على اعتبار
اختيار الفسخ فلان فسخ العتد رفعه من الاصل وجعله كان لم يكن فثبت ان الجنانية وردت على ملك البائع
فثبتت له ولاية الاقتصاص هذا اذا هلك المبيع كله قبل القبض فأما اذا هلك كله بعد القبض فان هلك بأفة
سماوية أو بفعل المبيع أو بفعل المشتري لا يفسخ البيع والهالك على المشتري وعليه الثمن لان البيع تقرر بقبض
المبيع فتقرر الثمن وكذلك ان هلك بفعل أجنبي لما قلنا ويرجع المشتري على الاجنبي بضمانه ويطيب له الفضل
لان هذا الفضل ربح ما قد ضمن وان هلك بفعل البائع ينظر ان كان المشتري قبضه باذن البائع أو بغير اذنه لكن الثمن
منقود أو موجب فاستهلاكه واستهلاك الاجنبي سواء وان كان قبضه بغير اذن البائع صار مستردا للبيع بالاستهلاك
فحصل الاستهلاك في ضمانه فيوجب بطلان البيع وسقوط الثمن كما لو استهلك وهو في يده والله عز وجل أعلم هذا
اذا هلك كل المبيع قبل القبض أو بعده فأما اذا هلك بعضه فان كان قبل القبض وهلك بأفة سماوية ينظر ان كان
النقصان نقصان قدر بان كان مكيلا أو موز ونا أو معدودا يفسخ العقد بقدر الهالك وتسقط حصته من الثمن لان
كل قدر من المقدرات معقود عليه فيقال به شيء من الثمن وهلاك كل المعقود عليه يوجب انقاساخ البيع في الكل
وسقوط كل الثمن فهلاك بعضه يوجب انقاساخ البيع وسقوط الثمن بقدره والمشتري بالخيار في الباقي ان شاء
أخذه بحصته من الثمن وان شاء ترك لان الصفة قد تهرقت عليه وان كان النقصان نقصان وصف وهو كل ما يدخل
في البيع من غير تسمية كالشجر والبناء في الارض وأطراف الحيوان والجودة في المكيل والموزون لا يفسخ البيع

أصلاً ولا يسقط عن المشتري شيء من الثمن لأن الاوصاف لا حصص لها من الثمن الا اذا ورد عليها القبض أو الجناية
لأنها تصير مقبوضة بالقبض والجناية فالمشتري بالخيار ان شاء أخذه بجميع الثمن وان شاء ترك لتعيب المبيع قبل
القبض وان هلك بفعل المبيع بان جرح نفسه لا يفسخ البيع ولا يسقط عن المشتري شيء من الثمن لأن جنايته على
نفسه هدر فصار كالمهلك بعضه بآفة سماوية وهلاك بعضه نقصان الوصف والاوصاف لا تقابل بالثمن فلا يسقط
شيء من الثمن ولكن المشتري بالخيار ان شاء أخذه بجميع الثمن وان شاء ترك لتغير المبيع ولو كان المشتري حيوانين
سوى بنى آدم فقتل أحدهما صاحبه قبل القبض تسقط حصته من الثمن والمشتري بالخيار ان شاء أخذ الباقي بحصته
من الثمن وان شاء ترك لأن فعل العجماء جبار فكانه اشترى حيوانين ثم مات أحدهما قبل القبض حثف ألقه ولو
كان المشتري عبدين فقتل أحدهما صاحبه قبل القبض أو كانت جارية فولدت قبل القبض فكبر الولد ثم قتل
أحدهما صاحبه قبل القبض فالمشتري بالخيار ان شاء فسخ البيع في الباقي وبطلت الجناية لأن الفسخ اعادة الى
ملك البائع فتبين ان القتل حصل في ملك البائع فبطل وان شاء أخذ القاتل منهما بجميع الثمن ولا يسقط عن
المشتري شيء من الثمن لأنه لو أخذه بحصته من الثمن لصار أخذاً بجميع الثمن في الانتهاء فيخبر في الابتداء قصراً
للساقفة ان شاء أخذ الحلي منهما بجميع الثمن وان شاء ترك بيان ذلك انه لو أخذ القاتل منهما بحصته من الثمن
لا يفسخ البيع في المقتول وانفساخ البيع ارتفاعه من الاصل وعوده الى ملك البائع فتبين ان عبد المشتري قتل
عبد البائع فيخاطب بالدفع أو بالقداء أو بهما ففعل قام مقام المقتول فيجوز المقتول معنى فيأخذ ببقية الثمن فصاري أخذ
الباقي منهما بحصته من الثمن في الحال أخذ بجميع الثمن في المال فخيرناه في الابتداء للاخذ بجميع الثمن والفسخ
هذا وان هلك بفعل البائع بطل البيع بقدره ويسقط عن المشتري حصصه الهالك من الثمن وهو قدر النقصان اعتباراً
للبعض بالكل سواء كان النقصان نقصان قيمة أو نقصان وصف لأن الاوصاف لها حصص من الثمن عند ورود
الجناية عليها لأنها تصير أصلاً بالفعل فتقابل بالثمن والمشتري بالخيار في الباقي ان شاء أخذه بحصته من الثمن وان شاء ترك
لتفرق الصفقة عليه ولو اختار المشتري الاخذ فلم يقبضه حتى مات من تلك الجناية أو من غيرها مات على البائع
ويسقط الثمن عن المشتري لأن المبيع انما يدخل في ضمان المشتري بالقبض ولم يوجد فان قبضه المشتري فمات
جناية البائع أو غيرها سقطت عن المشتري حصصه جناية البائع ولزمه ما بقي من الثمن أما اذا مات من الجناية فلان قبض
الباقي وجد من المشتري فقرر قبضه فقرر عليه ثمنه وكذا اذا مات من جناية البائع لأن المشتري قبض الباقي حقيقة
وقبض المبيع بوجب تقرر الثمن في الاصل الا اذا وجد من البائع ما ينقصه فيصير مسترداً والسراية ليست فعله حقيقة
وانما هي صنع الله تعالى يعني مصنوعه فبقي المقبوض على حكم قبض المشتري فقرر عليه ثمنه ولان قبض المشتري
بمنزلة انشاء العقد فيه لان للقبض شبهة بالقد وانشاء الشراء قاطع للسراية كما لو اشتراه منه بعد جنايته وقبضه ثم سرت
الى النفس ومات فكذلك القبض والله عز وجل أعلم واذا هلك بفعل المشتري لا يبطل البيع ولا يسقط عنه شيء
من الثمن لأنه صار قابضاً للكل باتلاف البعض أو لا يتمكن من اتلاف البعض الا بآثبات اليد على الكل وهو تفسير
القبض أو صار قابضاً قدر المتلف بالاتلاف والباقي بالتعيب فقرر عليه كل الثمن ولو مات في يد البائع بعد جناية
المشتري ينظر ان مات من تلك الجناية مات على المشتري وعليه الثمن لأنه لما مات من جنايته تبين ان فعله السابق
وقع اتلفاً للكل فقرر عليه كل الثمن سواء منعه البائع بعد جناية المشتري أو لم يمنعه لان منع البائع بعد وجود الاتلاف
من المشتري هدر وان مات من غير الجناية فان كان البائع لم يمنعه مات من مال المشتري أيضاً وعليه كل الثمن لما
ذكرنا انه بالجناية صار قابضاً للكل المبيع ولم يوجد ما ينقص قبضه فبقي حكم ذلك القبض وان كان منعه لزم المشتري
حصصه ما استهلك وسقط عنه ثمن ما بقي لان البائع لم يمنع فقد نقض قبض المشتري في قدر القائم فصار مسترداً اياه
فاذا هلك فقد هلك في ضمانه فيهلك عليه ولو جنى عليه البائع ثم جنى عليه المشتري سقط عن المشتري حصصه جناية

البائع لما قلنا ولزمه ثمن مابق لانه صار قابضاً للبائع بجنايته فتقرر عليه ثمنه لان جنايته دليل الرضا بتعيب البائع فان ابتداء المشتري بالجناية ثم جنى البائع قبل قبض الثمن فان برأ العبد من الجنايتين فالمشتري بالخيار ان شاء أخذه وسقطت عنه حصته بجناية البائع من الثمن وان شاء ترك لان المشتري صار قابضاً بالجناية لكن الجناية فيه قبض بغير اذن البائع والثمن غير منقود فلما جنى عليه البائع فقد استرد ذلك القدر فحصلت جنايته تعيباً للمبيع وحدوث العيب في المبيع قبل القبض يوجب الخيار فان شاء فسخ وان شاء ترك وعليه ثلاثة أرباع الثمن وسقطت عنه جناية البائع من الثمن وهو الربع لان النصف هلك بجناية المشتري فتقرر عليه الثمن وربع منه قائم فيأخذه ثمنه أيضاً والرابع هلك بجناية البائع قبل القبض فيسقط عنه ثمنه وان مات العبد في يد البائع بعد الجنايتين بأن كان المشتري قطع يده ثم قطع البائع رجله من خلاف ثم مات في يد البائع من الجنايتين فعلى المشتري خمسة أثمان الثمن وسقط عنه ثلاثة أثمان الثمن لان المشتري لما قطع يده فقد تقرر عليه نصف الثمن لانه صار قابضاً بالقطع ولما قطع البائع رجله فقد استرد نصف القائم من العبد وهو الربع فبقى هناك ربع قائم من العبد فاذا سرت الجناية فقد هلك ذلك الربع من سراية الجنايتين فينقسم ذلك الربع بينهما نصفين فانكسر الحساب بالارباع فيجعل كل سهم أربعة فيصير ثمانية فلذلك جعلنا الحساب من ثمانية فهلك بجناية المشتري النصف وهو أربعة وسراية جنايته سهم فيتقرر عليهم ثمنه فذلك خمسة أثمان الثمن وهلك بجناية البائع سهمان وسراية جنايته سهم فذلك ثلاثة أثمان الثمن يسقط عنه لان هلاك هذا القدر يسقط عنه والله عز وجل أعلم هذا اذا جنى المشتري أولاً ثم جنى البائع فبرأت الجراحة وأوسرت (فأما) اذا جنى البائع أولاً ثم المشتري فان برأ العبد فلا خيار للمشتري ههنا لما ذكرنا ان اقدامه على الجناية بعد جناية البائع دليل الرضا بتعيبه فطل خياره ويلزمه ثمن مابق لانه صار قابضاً لما بقي وان مات العبد من الجنايتين فالجواب ههنا على القلب من الجواب في المسئلة المتقدمة وهو ان على المشتري ثلاثة أثمان وسقط عنه خمسة أثمان الثمن حكم جناية المشتري ههنا كحكم جناية البائع هناك لما ذكرنا فافهم ولو كان الثمن مقبوضاً والعبد في يد البائع فجنى عليه البائع يسقط عن المشتري حصته من الثمن أيضاً لما ذكرنا فان كان المشتري جنى عليه أولاً ثم جنى البائع يلزم البائع من القيمة ما يلزم الاجنبي لان المشتري صار قابضاً بالجناية ولا يملك البائع نقض القبض والاسترداد ههنا لان الثمن مقبوض فصارت جنايته وجناية الاجنبي سواء ولو كان البائع جنى أولاً ثم جنى المشتري فهاهنا كحكم بجناية البائع يسقط حصته من الثمن وما هلك بسراية جنايته فعليه قيمته لان ما هلك بجنايته بعد جناية المشتري تحجب قيمته على ما ذكرنا فكذا ما هلك بسراية جنايته والله عز وجل أعلم وان هلك بفعل اجنبي فعليه ضمانه لا شك فيه والمشتري بالخيار ان شاء فسخ البيع واتبع البائع الجاني بضمان ما جنى وان شاء اختار البيع واتبع الجاني الضمان وعليه جميع الثمن وأيهما اختار فالحكم فيه بعد ذلك على ما ذكرنا في اتلاف الاجنبي كل المبيع والله عز وجل أعلم هذا اذا هلك بعض المبيع قبل القبض فأما اذا هلك بعض المبيع بعد القبض فان هلك بأقسماوية أو بفعل المبيع أو بفعل المشتري فالهالك على المشتري لان المبيع خرج عن ضمان البائع قبض المشتري فتقرر عليه الثمن وكذا اذا هلك بفعل اجنبي فالهالك على المشتري لما قلنا ويرجع بالضمان على الاجنبي لا شك فيه وان هلك بفعل البائع ينظر ان لم يكن له حق الاسترداد للعيب لا استيفاء الثمن بأن كان المشتري قبضه باذنه أو كان الثمن منقوداً أو مؤجلاً فهذا وما لو أتلفه اجنبي سواء وقد ذكرنا حكمه وان كان له حق الاسترداد بأن كان قبضه بغير اذنه والثمن حال غير منقود ينسخ البيع في قدر المتلف ويسقط عن المشتري حصته من الثمن لانه صار مسترداً لذلك القدر بالاتلاف فتلف ذلك القدر في ضمانه فيسقط قدره من الثمن ولا يكون مسترداً لانه لم يوجد منه اتلاف الباقى لانه لو هلك الباقى في يد المشتري فعليه حصته من الثمن الا اذا هلك الباقى من سراية جناية البائع فيصير مسترداً ويسقط عن المشتري جميع الثمن لان تلف الباقى حصل مضاًفاً الى فعله فصار مسترداً للكل فتلف الكل في ضمانه فيسقط كل الثمن ولو اختلف

البيع والمشتري في هلاك المبيع فقال البائع هلك بعد القبض ولى عليك الثمن وقال المشتري هلك قبل القبض ولا ثمن لك على فالقول قول المشتري مع عينه لأن البائع يدعى عليه القبض والثمن وهو ينكر ولأن الظاهر شاهد للمشتري لأن المبيع كان في يد البائع والظاهر بقاء ما كان على ما كان والبائع يدعى أمر عارضاً وهو الزوال والانتقال فكان المشتري متمسكاً بالأصل الظاهر فكان القول قوله وإن قام أحدهما البيعة قبلت بينته ولو أقام جميعاً البيعة يقضى بينة البائع لأنها ثبتت أمراً بخلاف الظاهر وما شرعت البيئات إلا لهذا ولأنها أكثر أظهراً لأنها تظهر القبض والثمن فكانت أولى بالقبول وكذلك لو اختلفا في الاستهلاك فادعى البائع على المشتري أنه استهلكه وأدعى المشتري على البائع أنه استهلكه فالقول قول المشتري لما قلنا هذا إذا لم يكن للبيعتين تاريخ فأما إذا كان لهما تاريخ وتاريخ أحدهما أسبق فالأسبق أولى بالهلاك والاستهلاك جميعاً هذا إذا لم يكن قبض المشتري المبيع ظاهراً فاما إذا كان ظاهراً فادعى الاستهلاك فان لم يكن لهما بيعة فالقول قول البائع لأن الظاهر شاهد له لأن المبيع في يد المشتري وأيهما أقام البيعة قبلت بينته وإن أقام جميعاً البيعة فالبيعة بينة المشتري لأنه هو المدعى ألا ترى أنه يدعى أمر باطناً ليزيل به ظاهراً وهو الاستهلاك من البائع والمبيع في يده وكذا المشتري لو ترك الدعوى بترك ولا يجبر عليها والبائع لو ترك الدعوى لا يترك بل يجبر عليها وهذه عبارة مشايخنا في تحديد المدعى والمدعى عليه وإذا قامت بينة المشتري ينظر أن كان في موضع للبائع حق الاسترداد للحبس لاستيفاء الثمن بأن كان المشتري قبضه بغير إذن البائع والثمن حال غير منقود يسقط الثمن عن المشتري لأنه بالاستهلاك صار مسترداً وانفسخ البيع وإن كان في موضع ليس له حق الاسترداد للحبس بأن كان المشتري قبض المبيع باذن البائع أو بغير إذنه لكن الثمن منقود أو مؤجل فالمشتري أن يضمن البائع قيمة المبيع لأنه إذا لم يكن له حق الاسترداد لم يكن بالاستهلاك مسترداً ولا ينفسخ البيع فلا يحصل الاستهلاك في ضمان البائع فتزعم القيمة كما لو استهلكه أجنبي والله عز وجل أعلم ولو اشترى بفلس ناقصة ثم كسدت قبل القبض انفسخ عند أبي حنيفة رحمه الله وعلى المشتري رد المبيع إن كان قائماً بقيمته أو مثله إن كان هالكاً وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله يبطل البيع والبائع بالخيار إن شاء فسخ البيع وإن شاء أخذ بقيمة الفلوس (وجه) قولهما أن الفلوس في الذمة وما في الذمة لا يحتمل الهلاك فلا يكون الكساد هلاكاً بل يكون عيباً فيها فيوجب الخيار إن شاء فسخ البيع وإن شاء أخذ بقيمة الفلوس كما إذا كان الثمن رطباً فاقطع قبل القبض ولا في حنيفة إن الفلوس بالكساد خرجت عن كونها ثمناً لأن ثمنيتها ثبتت باصطلاح الناس فإذا ترك الناس التعامل بها عدد فقد زال عنها صفة الثمنية ولا يبيع بلا ثمن فينفسخ ضرورة ولو لم تكسد ولكنها رخصت قيمتها أو غلت لا ينفسخ البيع بالإجماع وعلى المشتري أن ينقد مثلاً عدداً ولا يلتفت إلى القيمة ههنا لأن الرخص أو الغلاء لا يوجب بطلان الثمنية ألا ترى أن الدرهم قد رخص وقد تغلو وهي على حالها أثمان ثم اختلف أبو يوسف ومحمد فيهما في وقت اعتبار القيمة فاعتبر أبو يوسف وقت العقد لأنه وقت وجوب الثمن واعتبر محمد وقت الكساد وهو آخر يوم ترك الناس التعامل بها لأنه وقت العجز عن التسليم ولو استقرض فلوساً ناقصة وقبضها فكسدت فعليه رد مثل ما قبض من الفلوس عدداً في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وفي قول محمد عليه قيمتها (وجه) قولهما إن الواجب بقبض القرض رد مثل المقبوض وبالكساد عجز عن رد المثل لخروجهما عن رد الثمنية وصيرورتها سلعة فيجب عليه قيمتها كما لو استقرض شيئاً من ذوات الأمثال وقبضه ثم انقطع عن أيدي الناس ولا في حنيفة رحمه الله أن أثر الكساد في بطلان الثمنية وإنه لا يمنع جواز الرد بدليل أنه لو استقرضها بعد الكساد جاز ثم اختلفا في وقت اعتبار القيمة على ما ذكرنا ولو لم تكسد ولكنها رخصت أو غلت فعليه رد مثل ما قبض بلا خلاف لما ذكرنا أن صفة الثمنية باقية ولو اشترى بدرهم فلوساً وتقاضاه فاقترأه استحققت الفلوس من يده وأخذها المستحق لا يبطل العقد لأن بالاستحقاق وإن انتقض القبض والتحقق بالعدم فيصير كأن الافتراق حصل عن قبض الدرهم دون الفلوس وهذا لا يوجب بطلان العقد وعلى

بائع القلوس أن يتقدم مثلها وكذلك أن استحق بعضها وأخذ قدر المستحق لا يبطل البيع لما قلنا وعلى بائع القلوس
 أن يتقدم مثل القدر المستحق وكذلك إذا وجد المشتري القلوس من القلوس الكاسدة لا يبطل البيع لأن قبض أحد
 البدلين فيما لا يتضمن يكفي لبقاء العقد على الصحة وقد وجد قبض أحدهما وهو الدراهم ولو كان المشتري قبض
 القلوس ولم يتقدم الدراهم وافترقا ثم استحق القلوس فالمستحق بالخيار أن شاء أجاز نقد البائع فيجوز العقد لأن
 الإجازة استندت إلى حالة العقد فجاز النقد والعقد ويرجع المستحق على بائع القلوس بمثلها ويتقدم المشتري الدراهم لبائع
 القلوس وإن شاء لم يحجز وأخذ القلوس وبطل العقد لأنه لما لم يحجز وأخذ القلوس فقد انتقض القبض والتحقيق بالعدم
 فتبين أن افتراقهما حصل لا عن قبض أصلا فبطل العقد وكذلك لو استحق بعض القلوس فحكم البعض كحكم الكل
 وقد ذكرناه ولو وجد القلوس كاسدة لا تروج بطل العقد لأنه ظهر أنهما افترقا من غير قبض وإن وجدها تروج في
 بعض التجارة ولا تروج في البعض أو يأخذها البعض دون البعض فحكمها حكم الدراهم الزاغة أن تجوز بها المشتري
 جاز لا نهان من جنس حقه أصلا وإن لم يتجاوز بها فالقياس أن يبطل العقد في المردود قل أو أكثر وهو قول زفر وعند أبي
 يوسف ومحمد أن لم يستبدل في مجلس الرد يبطل وإن استبدل لا يبطل وعند أبي حنيفة أن كان قليلا فاستبدل
 لا يبطل وإن كان كثيرا يبطل على ما ذكرنا في السلم والله عز وجل أعلم (وأما) بيان صفة الحكم فله صفتان أحدهما
 اللزوم حتى لا يفرد أحد العاقدين بالقسخ نسواء كان بعد الافتراق عن المجلس أو قبله عندنا وعند الشافعي رحمه الله
 لا يلزم إلا بعد الافتراق عن المجلس وقد ذكرنا الكلام فيه من الجانبين فيما تقدم والثانية الحلول وهو ثبوت الملك في
 البدلين للحال لأنه تملك بتمليك وهو إيجاب الملك من الجانبين للحال فيقتضي ثبوت الملك في البدلين في الحال بخلاف
 البيع بشرط الخيار لأن الخيار يمنع انعقاد العقد في حق الحكم فيمنع وقوعه تملكيا للحال وبخلاف البيع الفاسد فإن
 ثبوت الملك فيه موقوف على القبض فيصير تملكيا عنده والله عز وجل أعلم (وأما) الأحكام التي هي من التوابع للحكم
 الأصلي للبيع (فمنها) وجوب تسليم المبيع والتمن والكلام في هذا الحكم في مواضع أحدها في بيان وجوب
 تسليم البدلين وما هو من توابع تسليمهما والثاني في بيان وقت وجوب تسليمهما والثالث في تفسير التسليم والقبض
 والرابع في بيان ما يصير به المشتري قابضا للمبيع من التصرفات وما لا يصير (أما) الأول فتسليم البدلين واجب
 على العاقدين لأن العقد أوجب الملك في البدلين ومعلوم أن الملك ما ثبت لعينه وانما ثبت وسيلة إلى الانتفاع بالملوك
 ولا يتهيأ الانتفاع به إلا بالتسليم فكان إيجاب الملك في البدلين شرعا إيجابا بالتسليمهما ضرورة ولا معنى للبيع لا يحصل
 إلا بالتسليم والقبض لأنه عقد مبادلة وهو مبادلة شيء مرغوب بشيء مرغوب وحقيقة المبادلة في التسليم والقبض لأنها
 أخذ بدل وإعطاء بدل وانما قول البيع والشراء وهو الإيجاب والقبول جعل دليلا عليهما ولهذا كان التعاطي فيما
 عندنا على ما ذكرنا والله عز وجل أعلم وعلى هذا يخرج أجر الكيل والوزان والعداد والذراع في بيع المكيل
 والموزون والمعدود والمذروع مكيالة وموازنة ومعاددة ومذارعة أي البائع أما أجر الكيل والوزان فلا نها
 من مؤنات الكيل والوزن والكيل والوزن فيما يبيع مكيالة وموازنة من تمام التسليم على ما ذكرنا وتسليم على البائع
 فكانت مؤنة التسليم عليه والعدد في المعدود الذي يبيع عددا بمنزلة الكيل والوزن في المكيل والموزون عند أبي
 حنيفة فكان من تمام التسليم فكانت على من عليه التسليم وعند ما هو من باب تأكيد التسليم فكان من توابعه
 كالذرع فيما يبيع مذارعة فكانت مؤنة على من عليه التسليم وهو البائع وكذا أجر وزان الثمن على المشتري لما
 قلنا (وأما) أجره ناقدا الثمن فمن محمد بن روي إبراهيم بن رستم عنه أنها على البائع لأن حقه في الجيد والنقد
 لتيميز حقه فكانت مؤنة عليه وروي ابن سماعة عنه أن البائع إن كان لم يقبض الدراهم فعلى المشتري لأن عليه تسليم
 ثمن جيد فكانت مؤنة تسليمه عليه ولو كان قد قبضها فعلى البائع لأنه قبض حقه ظاهرا فانما يطلب بالنقد إذا أدى
 فكان الناقدا مملالا فكانت أجره عمله عليه (وأما) بيان وقت الوجوب فالوجوب على التوسع ثبت عقيب

العقد بلا فصل وأما على التضييق فإن تباعينا بعين وجب تسليمهما معاً إذا طالب كل واحد منهما صاحبه بالتسليم لما ذكرنا أن المساواة في عقد المعاوضة مطلوبة المتعاقدين عادة وتحقيق التساوي ههنا في التسليم معاً لما ذكرنا أنه ليس أحدهما بالتقديم أولى من الآخر وكذلك أن تباعينا بدينار لما قلنا وأن تباعينا بدينارين يراعى فيه الترتيب عندنا فيجب على المشتري تسليم الثمن أولاً إذا طالبه البائع ثم يجب على البائع تسليم المبيع إذا طالبه المشتري لأن تحقيق التساوي فيه على ما بينا فيما تقدم (وأما) تفسير التسليم والقبض فالتسليم والقبض عندنا هو التخلي والتخلي وهو أن يخلى البائع بين المبيع وبين المشتري برفع الحائل بينهما على وجه يتمكن المشتري من التصرف فيه فيجعل البائع مسلماً للمبيع والمشتري قابضاً له وكذلك تسليم الثمن من المشتري إلى البائع وقال الشافعي رحمه الله القبض في الدار والعقار والشجر بالتخلي وأما في الدراهم والدنانير فتناولهما بالبراجم وفي الثياب بالنقل وكذا في الطعام إذا اشتراه مجازفة فإذا اشتراه مكايلاً فبالكيل وفي العبد والبهيمة بالسير من مكانه (وجه) قوله أن الأصل في القبض هو الأخذ بالبراجم لأنه القبض حقيقة إلا أن فيما لا يحتمل الأخذ بالبراجم أقيم النقل مقامه فيما يحتمل النقل وفيما لا يحتمله أقيم التخلي مقامه (ولنا) أن التسليم في اللغة عبارة عن جعله مسلماً لما خالصاً يقال سلم فلان لفلان أى خلص له وقال الله تعالى ورجلا مسلما لرجل أى سالما خالصاً لا يشركه فيه أحد فتسليم المبيع إلى المشتري هو جعل المبيع سالماً للمشتري أى خالصاً له بحيث لا يباذره فيه غيره وهذا يحصل بالتخلي فكانت التخلي تسليمًا من البائع والتخلي قبضاً من المشتري وكذا هذا في تسليم الثمن إلى البائع لأن التسليم واجب ومن عليه الواجب لا بد وأن يكون له سبيل الخروج عن عهده ما وجب عليه والذي في وسعه هو التخلي ورفع الموانع فاما الإقباض فليس في وسعه لأن القبض بالبراجم فعل اختياري للقابض فلو تعلق وجوب التسليم به لتعذر عليه الوفاء بالواجب وهذا لا يجوز ثم لا خلاف بين أصحابنا في أن أصل القبض يحصل بالتخلي في سائر الأموال واختلفوا في أنها هل هي قبض تام فيها أم لا وجملة الكلام فيه أن المبيع لا يجوز ما أن يكون ماله مثل وأما أن يكون ماله مثل له فإن كان ماله مثل له من المذروعات والمعدودات المتفاوتة فالتخلي فيه قبض تام بلا خلاف حتى لو اشترى مذروعاً مذارعة أو معدوداً معددة ووجدت التخلي يخرج عن ضمان البائع ويجوز له بيعه والانتفاع به قبل الذرع والعد بلا خلاف وإن كان ماله مثل فإن باعه مجازفة فكذلك لأنه لا يعتبر معرفة القدر في بيع المجازفة وإن باع مكايلاً أو موازنة في الكيل والموزون وخلي فلا خلاف في أن المبيع يخرج عن ضمان البائع ويدخل في ضمان المشتري حتى لو هلك بعد التخلي قبل الكيل والوزن يملك على المشتري وكذلك خلاف في أنه لا يجوز للمشتري بيعه والانتفاع به قبل الكيل والوزن وكذلك أكتاله المشتري أو أترنه من بائه ثم باعه مكايلاً أو موازنة من غيره لم يحل للمشتري منه أن يبيعه أو ينتفع به حتى يكيله أو يترنه ولا يكتب في كتيال البائع أو أترانه من بائه وإن كان ذلك بحضرة هذا المشتري لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان صاع البائع وصاع المشتري وروى أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الطعام حتى يكال لكن اختلفوا في أن حرمة التصرف قبل الكيل أو الوزن لا نعدام القبض بانعدام الكيل أو الوزن أو شرعاً غير معقول المعنى مع حصول القبض بتمامه بالتخلي قال بعض مشايخنا أنها ثابت شرعاً غير معقول المعنى وقال بعضهم الحرمة لمكان انعدام القبض على التمام بالكيل أو الوزن وكلا لا يجوز التصرف في المبيع المنقول بدون قبضه أصلاً لا يجوز بدون قبضه بتمامه (وجه) قول الأولين ما ذكرنا أن معنى التسليم والتسليم يحصل بالتخلي لأن المشتري يصير سالماً خالصاً للمشتري على وجه يتهيأ له تقليبه والتصرف فيه على حسب مشيئته وأرادته ولهذا كانت التخلي تسليمًا وقبضاً فيما لا مثل له وفيه مثل إذا بيع مجازفة ولهذا يدخل المبيع في ضمان المشتري بالتخلي نفسها بلا خلاف دل أن التخلي قبض إلا أن حرمة التصرف مع وجود القبض بتمامه ثبت بعد غير معقول المعنى والله عز وجل أعلم (وجه) قول الآخرين تليل محمد رحمه الله في هذه المسئلة في كتاب البيوع فإنه قال ولا يجوز للمشتري أن يتصرف فيه قبل الكيل لأنه باعه قبل أن

يقبضه ولم يردبه أصل القبض لانه موجود وانما أراد به تمام القبض والدليل على أن الكيل والوزن في المكيل والموزون الذي يبيع مكالبة وموازنة من تمام القبض أن القدر في المكيل والموزون معقود عليه ألا ترى أنه لو كيل فازداد لا تطيب له الزيادة بل ترد أو يفرض لها ثمن ولو نقص يطرح بحصته شيء من الثمن ولا يعرف القدر فيهما إلا بالكيل والوزن لا احتمال الزيادة والنقصان فلا يتحقق قبض قدر المعقود عليه إلا بالكيل والوزن فكان الكيل والوزن فيه من تمام القبض ولا يجوز بيع المبيع المنقول قبل قبضه بتمامه كالأجوز قبل قبضه أصلاً ورأساً بخلاف المذروعات لأن القدر فيها ليس معقوداً عليه بل هو جار مجرى الوصف والوصاف لا تكون معقوداً عليها ولهذا سلمت الزيادة للمشتري بلا ثمن وفي النقصان لا يسقط عنه شيء من الثمن فكانت التخليية فيها قبضاً تاماً فيكتفي بها في جواز التصرف قبل الذرع بخلاف المكيلات والموزونات على ما بينا إلا أنه يخرج عن ضمان البائع بالتخليية نفسها لوجود القبض بأصله والخروج عن ضمان البائع بتعلق بأصل القبض لا بوصف الكيل فأمّا جواز التصرف فيه فيستدعي قبضاً كاملاً لورود النهي عن بيع ما لم يقبض والقبض المطلق هو القبض الكامل والله عز وجل أعلم (وأما) المددوات المتقاربة إذا بيعت عدداً لا جزافاً فحكمها حكم المكيلات والموزونات عند أبي حنيفة حتى لا يجوز بيعها إلا بعد العد وعند أبي يوسف ومحمد حكمها حكم المذروعات فيجوز بيعها قبل العد (وجه) قولهما أن العددي ليس من أموال الربا كالذرع ولهذا لم تكن المساواة فيها شرطاً لجواز العقد كما لا تشترط في المذروعات فكان حكمه حكم المذروع ولا يبي حنيفة رحمه الله أن القدر في المددوم معقود عليه كالقدر في المكيل والموزون ألا ترى أنه لو عدده فوجده زائداً لا تطيب له الزيادة بلا ثمن بل يردّها أو يأخذها بثمنها ولو وجده ناقصاً يرجع بقدر النقصان كإلى المكيل والموزون دل أن القدر فيه معقود عليه واختمال الزيادة والنقصان في عدد المبيع ثابت فلا بد من معرفة قدر المعقود عليه وامتياز من غيره ولا يعرف قدره إلا بالعد فاشبه المكيل والموزون ولهذا كان العد فيه بمنزلة المكيل والموزون في ضمان العدوان إلا أنه لم يحز فيه الربا لأن المساواة بين واحد وواحد في العد ثبتت باصطلاح الناس وأهدارهم التفاوت بينهما في الصغر والكبر لكن ما ثبت باصطلاح الناس جاز أن يبطل باصطلاحهم ولما تبايعا واحد أبانين فقد أهدر اصطلاح الأهدار واعتبرا الكبر لانهما قصد البيع الصحيح ولا حجة إلا باعتبار الكبر وسقوط العد فكان أحدهما من أحدا الجانبين بمقابلة الكبير من الجانب الآخر فلا يتحقق الربا ما ههنا فلا بد من اعتبار العد إذا بيع عدداً وإذا اعتبر العد لا يجوز التصرف فيه قبل القبض كإلى المكيل والموزون بخلاف المذروع فإن القدر فيه ليس معقوداً عليه على ما بينا فكانت التخليية فيه قبضاً تاماً فكان تصرفاً في المبيع المنقول بعد القبض وأنه جائز والله عز وجل أعلم ولو كاله البائع أو وزنه بحضرة المشتري كان ذلك كافياً ولا يحتاج إلى إعادة الكيل لأن المقصود يحصل بكياله مرة واحدة بحضرة المشتري وما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان صاع البائع وصاع المشتري محمول على موضع مخصوص وهو ما إذا اشترى مكيلاً مكالبة فآكتاله ثم باعه من غيره مكالبة لم يجوز لهذا المشتري التصرف فيه حتى يكياله وإن كان هو حاضراً عند آكتياله بائعه فلا يكتفي بذلك وكذلك إذا أسلم إلى رجل في حنطة فلما حل الأجل اشترى المسلم إليه قدر المسلم فيه من رجل مكالبة وأمر رب السلم باقتضائه فإنه لا يجوز له التصرف فيه ما لم يكياله مرتين مرة للمسلم إليه ومرة لنفسه بالنص ولو كان مكان السلم قرض بأن استقرض المستقرض كبراً من إنسان وأمر المقرض بقبض الكرفانه يكتفي فيه بكيل واحد للمشتري والمستقرض (وجه) الفرق أن الكيل والوزن فيما عقد بشرط الكيل والوزن في المكيل والموزون شرط جواز التصرف فيهما لانه من تمام القبض على ما بينا والسلم عقد بشرط الكيل والمسلم إليه اشترى بشرط الكيل فلا بد من أن يكيل رب السلم أولاً للمسلم إليه ليصير قابضاً له فيجعل كان المسلم إليه قبضه بنفسه من البائع ثم يكيل لنفسه ليصير قابضاً لنفسه من المسلم إليه فاما قبض بدل القرض فليس بشرط لجواز التصرف فيه لأن

القبض بالكيل في باب البيع لا ندفع جهالة المعقود عليه بتميز حق المشتري عن حق البائع والقرض يقبل نوع جهالة فلا يشترط له القبض ولأن الاقراض اعادة عندنا فالمقبول من بدل القرض كأنه عين حقه فصار كالأعار عيناً ثم استرد هافيصح قبضه بدون الكيل وانما يجب كيل واحد للمشتري لا غير والله عز وجل أعلم (وأما) بيان ما يصير به المشتري قابضاً للمبيع من التصرفات وما لا يصير به قابضاً فنقول والله التوفيق للمبيع لا يخلو إما أن يكون في يد البائع وإما أن يكون في يد المشتري فان كان في يد البائع فالتفقه المشتري صار قابضاً له لأنه صار قابضاً بالتخلية فبالاكتلاف أولى لأن التخلية تمكن من التصرف في المبيع والاكتلاف تصرف فيه حقيقة والتمكين من التصرف دون حقيقة التصرف وكذلك لو قطع يده أو شجر رأسه وكل تصرف نقص شيئاً لأن هذه الأفعال في الدلالة على التمكين فوق التخلية ثم بالتخلية صار قابضاً فيها أولى وكذلك لو فعل البائع شيئاً من ذلك بأمر المشتري لأن فعله بأمر المشتري بمنزلة فعل المشتري بنفسه ولوأعتقه المشتري يصير قابضاً لأن لا عتاق اكتلاف حكماً فيلحق بالاكتلاف حقيقة وكذلك لو دبره أو استولد الجارية أي أقرانها أم ولد له لأن التدبير والاستيلاء تنقيص حكماً فكان ملحقاً بالتنقيص حقيقة ولو زوج المبيع بأن كان جارية أو عبداً فالقياس أن يصير قابضاً وهو رواية عن أبي يوسف وفي الاستحسان لا يصير قابضاً (وجهه) القياس أن الزوج تعيب الانثى أن الزوجية عيب يرد بها وإذا كانت الزوجية عيباً كان الزوج تعيباً وتعيب قبض (وجهه) الاستحسان أنه تعيب حكماً لا حقيقة لأنه لا يوجب نقصان المحل ولا نقصان الملك فيه فلا يصير به قابضاً وكذلك لو أقر عليه بالدين فالقياس أن يصير قابضاً لأن الدين عيب حتى يرد به وفي الاستحسان لا يصير قابضاً لأنه تعيب حكى وأنه لا يوجب النقصان فلا يكون قابضاً ولو وطئها الزوج في يد البائع صار المشتري قابضاً لأن الوطء اثبات اليد على الموطوءة وأنه حصل من الزوج تسليط المشتري فكان من حيث أنه اثبات اليد مضافاً إلى المشتري فكان قابضاً من المشتري ولو أعار المشتري المبيع للبائع أو أودعه أو أجره لم يكن شيء من ذلك قابضاً لأن هذه التصرفات لم تصح من المشتري لأن يد المجلس بطريق الاصل ثابتة للبائع فلا يتصور اثبات يد النيابة له بهذا التصرفات فلم تصح والتحقت بالعدم ولو أعاره أو أودعه أجنبياً صار قابضاً لأن الاعارة والايداع اياه صحيح فقد أثبت يد النيابة لغيره فصار قابضاً ولو أرسل المشتري العبد المبيع إلى حاجة صار قابضاً لأن إرساله في الحاجة استعمال له بدليل أنه صار راضياً به واستعماله اياه اثبات يده عليه وهو معنى القبض ولو جنى أجنبياً على المبيع فاخترار المشتري اتباع الجاني بالضمان كان اختياره بمنزلة القبض عند أبي يوسف وعند محمد لا يكون حتى لو توى الضمان على الجاني بأن مات مفلساً كان التوى على المشتري ولا يبطل البيع عند أبي يوسف ويتقرر عليه الثمن وعند محمد يبطل البيع والتوى على البائع ويسقط الثمن عن المشتري وكذلك لو استبدل المشتري الضمان ليأخذ مكانه من الجاني شيئاً آخر جاز عند أبي يوسف وعند محمد لا يجوز لأن هذا تصرف في المعقود عليه قبل القبض لأن القيمة قائمة مقام العين المستهلكة والتصرف في المعقود عليه قبل القبض لا يجوز إلا من البائع ولا من غيره وكذلك المبيع إذا كان مصوغاً من فضة اشتراها بدينار فاستهلك المصوغ أجنبياً قبل القبض فاخترار المشتري أن يتبع الجاني بالضمان وتقد الدينار للبائع فافترقا قبل قبض ضمان المستهلك لا يبطل الصرف بينهما عند أبي يوسف لأن اختياره بضمين المستهلك بمنزلة القبض عنده وعند محمد يبطل الصرف لعدم القبض (وجهه) قول محمد أن الضمان حكم العين لأن قيمة العين قائمة مقامها ولهذا بقي العقد على القيمة بعد استهلاك العين ثم العين لو كانت قائمة فهلكت قبل القبض كان الهلاك على البائع ويبطل البيع ويسقط الثمن عن المشتري فكذلك القيمة ولا يوجب يوسف أن جناية الأجنبي حصلت بأذن المشتري وأمره دلالة فيصير قابضاً كما لو فعل بنفسه وبيان ذلك أن اختيار المشتري اتباع الجاني بالضمان تمليك من المضمون لأن المضمونات تملك باختيار الضمان مستنداً إلى وقت سبب الضمان فيصير كأن الجناية حصلت بأمر المشتري فيصير قابضاً

قابضاً لأن فعل الاجنبي بأمر المشتري بمنزلة فعل المشتري بنفسه ولو أمر المشتري البائع أن يعمل في المبيع عملاً فإن كان عملاً لا ينقصه كالتقصير والغسل بأجر أو غير أجر لا يصير قابضاً لأن التصرف الذي لا يوجب نقصان المحل مما يملكه البائع باليد الثابتة كما إذا نقله من مكان إلى مكان فكان الأمر به استيفاء ملك اليد فلا يصير به قابضاً وتجب الاجرة على المشتري إن كان بأجر لأن الاجارة قد صحت لأن العمل على البائع ليس بواجب فجاز أن تقابل له الاجرة وإن كان عملاً ينقصه يصير قابضاً لأن تنقيصه اتلاف جزء منه وقد حصل بأمره فكان مضافاً إليه كانه فعله بنفسه والله عز وجل أعلم وعلى هذا يخرج ما إذا أسلم في كرحنطة فلما حل الاجل أمر رب السلم المسلم إليه أن يكيله في غرائر المسلم إليه أو دفع إليه غرائره وأمره أن يكيله فيها ففعل أنه أن كان رب السلم حاضر أيصير قابضاً بالتخليص وإن كان غائباً لا يصير قابضاً لأن الحنطة التي يكيلها المسلم اليه ملكه لا ملك رب السلم لأن حقه في الدين لا في العين فلم يصح أمر المشتري بإياه بكياله فلم يصح وكياله فلا يصير يده يدر ب السلم سواء كانت الغرائر للمسلم اليه أو لرب السلم لأن يدر ب السلم عن الغرائر قد زالت فإذا كال فيها الحنطة لم تصرف في يدر ب السلم فلا يصير قابضاً وكذا لو استقرض من رجل كراً ودفع إليه غرائره ليكيله فيها ففعل وهو غائب لا يصير قابضاً لأن القرض لا يملك قبل القبض فكان الكر على ملك المقرض فلم يصح أمر المقرض بإياه بكياله فلا يصير يده يدر ب السلم المستقرض كما في السلم ولو اشترى من انسان كراً بعينه ودفع غرائره وأمره أن يكيل فيها ففعل صار قابضاً سواء كان المشتري حاضر أو غائباً لأن المقود عليه معين وقد ملكه المشتري بنفس العقد فصح أمر المشتري لأنه تناول عيناً هو ملكه فصح أمره وصار البائع وكياله وصارت يده يدر ب المشتري وكذلك الطحن إذا طحنه المسلم اليه بأمر رب السلم لم يصير قابضاً ولو طحنه البائع بأمر المشتري صار قابضاً لأن الطحن بمنزلة الكيل في الغرائر ولو استعار المشتري من البائع غرائره وأمره أن يكيله فيها ففعل فإن كان المشتري حاضر أيصير قابضاً بالتخلي بالاجماع وإن كان غائباً لا يصير قابضاً عند محمد ما لم يسلم الغرائر اليه سواء كانت الغرائر بغير عينها أو بعينها وقال أبو يوسف إن كانت بعينها صار المشتري قابضاً بنفس الكيل فيها وإن كانت بغير عينها بأن قال أعزني غرارة وكل فيها لا يصير قابضاً (وجهه) قول محمد أن الغرائر عارية في الوجهين جميعاً ولم يقبضها والعارية لا تحكم لها بدون القبض فبقيت في يد البائع فبقى ما فيها في يد البائع أيضاً فلا يصير في يد المشتري قابضاً إلا بتسليم الغرائر اليه ولا بى يوسف الفرق بين حالة التعيين وعدم التعيين وهو أن الغرائر إذا كانت معينة مشاراً اليها فإن لم يمكن تصحيح التعيين من حيث كونه استعارة يمكن تصحيحه من حيث اقامتها مقام يده وإذا لم تكن معينة فلا وجه للعارة بوجهه وقول محمد أظهر والله عز وجل أعلم ولو اشترى كراً بعينه وله على البائع كدين فأعطاه جواً وقال له كلهما فيه ففعل صار قابضاً لهما سواء كان المبيع أولاً والدين وهذا قول أبي يوسف وقال محمد إن كان المبيع أولاً يصير قابضاً لهما كما قال أبو يوسف وإن كان الدين أولاً لم يصير قابضاً للدين وكان قابضاً للعين وكانا شركين فيه (وجهه) قول محمد أن نفس الكيل في الدين ليس بقبض لما ذكرنا فإذا بدأ بكياله لم يصير المشتري قابضاً له فإذا كاله بعده فقد خلط ملك المشتري بملك نفسه فيشتركان في الخلوط ونفس الكيل في العين قبض فإذا بدأ بكياله صار المشتري قابضاً له ثم إذا كال الدين بعده فقد استهلك العين بالخلط فقام ذلك الدين مقام العين فصار قابضاً له (وجهه) قول أبي يوسف إن البائع خلط ملك المشتري بملك نفسه في الحال بأمر المشتري فكان مضافاً إلى المشتري والخلط من أسباب التملك في الجملة فيملك المشتري الدين بالخلط وقد جعله في غرائره بأمره فصار قابضاً له والله عز وجل أعلم ولو باع قطناً في فراش أو حنطة في سنبل وسلم كذلك فإن أمكن المشتري قبض القطن أو الحنطة من غير فتح القماش أو دق السنبل صار قابضاً له لحصول معنى القبض وهو التخلي والتمسك من التصرف وإن لم يمكنه إلا بالفتق والدق لم يصير قابضاً له لأنه لا يملك الفتق أو الدق لأنه تصرف في ملك البائع وهو لا يملك التصرف في ملكه فلم يحصل التمكن والتخلي فلا يصير قابضاً ولو باع الثمرة على الشجرة وسلم كذلك صار قابضاً لأنه يمكنه الجذا من غير تصرف في ملك

البائع فحصل التخلي بتسليم الشجر فكان قبضاً بخلاف بيع القطن في الفراش والحنطة في السنبيل ولهذا قالوا ان أجره الجذاذ على المشتري وأجرة الفتق والدق على البائع اذا كان المشتري لا يمكنه القبض الا به لانه صار قابضاً للثمن بتسليم الشجر فكان الجذاذ عاملاً للمشتري فكانت الاجرة عليه ولم يحصل القبض بتسليم الفراش والسنبيل فكان الفتق والدق على البائع مما يتحقق به التسليم فكانت أجرته عليه هذا اذا كان المبيع في يد البائع وقت البيع فأما اذا كان في يد المشتري فهل يصير قابضاً للمبيع بنفس العقد أم يحتاج فيه الى تجديد القبض فلا صل فيه أن الموجود وقت العقد ان كان مثل المستحق بالعقد ينوب منابه وان لم يكن مثله فان كان أقوى من المستحق ناب عنه وان كان دونه لا ينوب لانه اذا كان مثله أمكن تحقيق التناوب لان المتأئين غير ان ينوب كل واحد منهما مناب صاحبه ويسد مسده وان كان أقوى منه يوجد فيه المستحق وزيادة وان كان دونه لا يوجد فيه الا بعض المستحق فلا ينوب عن كله وبيان ذلك في مسائل وجملة الكلام فيها أن يد المشتري قبل الشراء إما ان كانت يده ضمان وإما ان كانت يده أمانة فان كانت يده ضمان فاما ان كانت يده ضمان بنفسه وإما ان كانت يده ضمان فان كانت يده ضمان بنفسه كيد الغاصب يصير المشتري قابضاً للمبيع بنفس العقد ولا يحتاج الى تجديد القبض سواء كان المبيع حاضراً أو غائباً لان المنصوب مضمون بنفسه والمبيع بعد القبض مضمون بنفسه فتجانب القبضان فتاب أحدهما عن الآخر لان التجانس يقتضي التشابه والمتشابهان ينوب كل واحد منهما مناب صاحبه ويسد مسده سواء كان المبيع حاضراً أو غائباً لان يد الغاصب في الحالين يده ضمان وان كانت يده يده ضمان لغيره كيد الرهن بأن باع الراهن المرهون من المرتهن فانه لا يصير قابضاً الا أن يكون الرهن حاضراً أو يذهب الى حيث الرهن ويتمكن من قبضه لان المرهون ليس بمضمون بنفسه بل بغيره وهو الدين والمبيع مضمون بنفسه فلم يتجانب القبضان فلم يتشابهان فلا ينوب أحدهما عن الآخر ولان الرهن أمانة في الحقيقة فكان قبضه قبض أمانة وانما يستقط الدين بهلاكه كالمعنى آخر لا لكونه مضموناً على ما عرف واذا كان أمانة فقبض الامانة لا ينوب عن قبض الضمان كقبض العارية والوديعة وان كانت يد المشتري يد أمانة كيد الوديعة والعارية لا يصير قابضاً الا أن يكون بحضرته أو يذهب الى حيث يتمكن من قبضه بالتخلي لان يد الامانة ليست من جنس يد الضمان فلا يتناوبان والله عز وجل أعلم ولو اختلف البائع والمشتري في قبض المبيع فقال البائع قبضته وقال المشتري لم أقبضه فالقول قول المشتري لان البائع يدعى عليه وجود القبض وقرر الثمن وهو ينكر ولان عدم القبض أصل والوجود عارض فكان المشتري متمسكاً بالأصل والبائع يدعى أمرأ عارضاً فكان الظاهر شاهداً للمشتري فكان القول قوله مع يمينه وكذا اذا قبض بعضه واختلفا في قدر المقبوض فالقول قول المشتري لما قلنا ولو اختلفا في قبض الثمن فالقول قول البائع لما قلنا في قبض المبيع والله عز وجل أعلم ولو اختلفا فقال البائع للمشتري قطعت يده فصرت قابضاً وقال المشتري للبائع أنت قطعت يده وانسخ البيع فيه لم يقبل قول كل واحد منهما على صاحبه ويجعل كان يده ذهباً بآفة سماوية لتعارض الدعوتين وانعدام دليل الترجيح لاحدهما فلا يكون قول أحدهما بالقبول على صاحبه أولى من قول الآخر فلا يقبل ويجعل كأنها ذهبت بآفة سماوية ويخير المشتري لتغير المبيع قبل القبض فان شاء أخذ الباقي بجميع الثمن وان شاء رده على البائع فان اختار الاخذ يحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه ويأخذ كذا ذكر القدوري رحمه الله في شرحه أما تحليف البائع فلا اشكال فيه لان المشتري يدعى عليه سقوط بعض الثمن وهو ينكر فيحلف لانه اذا حلف لا يسقط عن المشتري شيء من الثمن فكان تحليفه مفيداً (وأما) تحليف المشتري فشكلك لانه لا يفيد شيئاً لانه يأخذه بعد الحلف بكل الثمن وهذا فيما اذا اختار المشتري الرد على البائع لانه لا يحلف البائع بل يحلف المشتري وحده لان تحليف البائع لا يفيد شيئاً حيث رده عليه وكذلك لو كان المبيع مما يكال أو يوزن فذهب بعضه فاختلفا فقال البائع للمشتري أنت أكلت وقال المشتري للبائع مثل ذلك أنه لا يقبل قول واحد منهما على صاحبه ويجعل كأنه ذهب بعضه بآفة سماوية لما قلنا ويخير المشتري لتفرق الصفقة الا أن هناك ان اختار

الاخذ أخذ الباقي بما بقي من الثمن لان القدر في المكيل والموزون معقود عليه فكان له حصه من الثمن والاطراف من الحيوان جارية مجرى الاوصاف فلا يقابلها الثمن الا اذا صارت مقصودة بالقبض أو بالجناية على ما ينفاها تقدم وذكر القدوري رحمه الله ههنا أيضا أنه يحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه ويأخذ ولا اشكال ههنا في تحليف المشتري لان التحليف مفيد في حقه لان البائع يدعى عليه كل الثمن وهو ينكر فيندفع عنه لزوم كل الثمن بالحلف فكان مفيداً (وأما) تحليف البائع ففيه اشكال لان المشتري يدعى عليه سقوط بعض الثمن وذا حصل له من غير تحليفه فلم يكن تحليفه مفيداً في حقه فينبغي أن لا يحلف وان اختار الرد على البائع حلف المشتري وحده دون البائع لما قلنا فان أقام أحدهما البينة قبلت بيئته لأنها قامت على أمر جائز الوجود وان أقام البينة فالبينة بينة البائع لأنها مثبتة الا ترى أنها توجب دخول السبعة في ضمان المشتري وتقرر الثمن عليه وبينه المشتري نافية فالمثبتة أولى والله عز وجل أعلم (ومنها) ثبوت حق الحبس للبيع لاستيفاء الثمن وهذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله في قول يسلمان معا وفي قول يسلم المبيع أولاً ثم يسلم الثمن أما قوله الأول فبناء على أصله الذي ذكرنا فيما تقدم وهو أن الثمن والمبيع من الاسماء المترادفة عنده ويتعين كل واحد منهما بالتعيين فكان كل ثمن مبيعاً وكل مبيع ثمناً (وأما) قوله الثاني وهو أن في تقديم تسليم المبيع صيانة للعقد عن الانقضاء بهلاك المبيع وليس ذلك في تقديم تسليم الثمن لانه لو هلك المبيع قبل القبض ينفسخ العقد وان قبض الثمن فكان تقديم تسليم المبيع أولى صيانة للعقد عن الانقضاء ما أمكن (ولنا) قوله عليه الصلاة والسلام الذين مضى وصف عليه الصلاة والسلام الذين يكونه مقضياً عاماً ومطلقاً فلواتاخر تسليم الثمن عن تسليم المبيع لم يكن هذا الدين مقضياً وهذا خلاف النص وروى عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال ثلاث لا يؤخرن الجزاة اذا حضرت والايم اذا وجدت لها كفاً والدين اذا وجدت ما يقضيه وتقديم تسليم المبيع تأخير الدين وانه منفي بظاهر النص ولان المعاضات مبناها على المساواة عادة وحقيقة ولا تتحقق المساواة الا بتقديم تسليم الثمن لان المبيع متعين قبل التسليم والثمن لا يتعين الا بالتسليم على أصلنا فلا بد من تسليمه أولاً لتحقيق المساواة وقوله فيما قلته صيانة للعقد عن الانقضاء بهلاك المبيع قلنا هلاك المبيع قبل تسليم الثمن نادر والنادر ملحق بالعدم فيلزم اعتبار معنى المساواة ثم الكلام في هذا الحكم في موضعين أحدهما في بيان شرط ثبوت هذا الحكم والثاني في بيان ما يطل به بعد ثبوته أما شرط ثبوته فثبوتان أحدهما أن يكون أحد البدين عينا والآخر ديناً فان كانا عينيْن أو دينين فلا يثبت حق الحبس بل يسلمان معاً ما ذكرنا فيما تقدم والثاني أن يكون الثمن حالاً فان كان مؤجلاً لا يثبت حق الحبس لان ولاية الحبس تثبت حقاً للبائع لطابه المساواة عادة لما بينا ولما باع بئنه مؤجلاً فقد أسقط حق نفسه فبطلت الولاية ولو كان الثمن مؤجلاً في العقد فلم يقبض المشتري المبيع حتى حل الاجل فله أن يقبضه قبل تقد الثمن وليس للبائع حق الحبس لانه أسقط حق نفسه بالتأجيل والساقط متلاشي فلا يحتمل العود وكذلك لو طرأ الاجل على العقد بأن أخر الثمن بعد العقد فلم يقبض البائع حتى حل الاجل نه أن يقبضه قبل تقد الثمن ولا يملك البائع حبسه لما قلنا ولو باع بئنه مؤجلاً فلم يقبض المشتري حتى حل الاجل هل له أجل آخر في المستقبل ينظر ان ذكرنا أجلاً مطلقاً بأن ذكر اسنة مطلقة غير معينة فله أجل آخر هو سنة أخرى من حين يقبض المبيع عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد الثمن حال وليس له أجل آخر وان ذكرنا أجلاً معينه بأن باعه الى رمضان فلم يقبضه المشتري حتى مضى رمضان صار الثمن حالاً بالاجماع (وجه) قولهما ان السنة المطلقة تنصرف الى سنة تعقب العقد بلا فصل فاذا مضت انتهى الاجل كما لو عين الاجل نصاً ولا يبي حنيفة رحمه الله ان الاصل في الثمن شرع نظراً للمشتري لينتفع بالمبيع في الحال مع تأخير المطالبة بالثمن ولن يحصل هذا الغرض له الا وان يكون اعتبار الاجل من وقت قبض المبيع فكان هذا تأجيلاً من هذا الوقت دلالة لخلاف ما اذا عين الاجل لانه نص على تعيينه فوجب اعتبار المنصوص عليه إذ لا دلالة مع النص بخلافها ولو كان في البيع خيار الشرط لهما أولاً واحدهما والاجل مطلق فابتداء الاجل من حين وجوب العقد

وهو وقت سقوط الخيار لا من حين وجوده لان تأجيل الثمن هو تأخير غن وقت وجوبه ووقت وجوبه هو وقت وجوب العقد وانبرامه لا قبله إذ لا وجوب للثمن قبله والله عز وجل أعلم (وأما) بيان ما يبطل به حق الحبس بعد ثبوته وما لا يبطل فنقول وبالله التوفيق اذا أقر الثمن بعد العقد بطل حق الحبس لانه أخر حق نفسه في قبض الثمن فلا يتأخر حق المشتري في قبض المبيع وكذا المشتري اذا نقد الثمن كله أو أبرأه البائع عن كله بطل حق الحبس لان حق الحبس لاستيفاء الثمن واستيفاء الثمن ولا بمن محال ولو نقد الثمن كله الا درهما كان له حق حبس المبيع جميعه لاستيفاء الباقي لان المبيع في استحقاق الحبس بالثمن لا يتجزأ فكان كل المبيع محبوسا بكل جزء من أجزاء الثمن وكذلك لو باع شيئين صفقة واحدة وسمى لكل واحد منهما ثمنًا فنقد المشتري حصه أحدهما كان للبائع حبسهما حتى يقبض حق الآخر لما قلنا ولا ان قبض أحدهما دون الآخر تفرق الصفقة الواحدة في حق القبض والمشتري لا يملك تفرق الصفقة الواحدة في حق القبول بأن يقبل الايجاب في أحدهما دون الآخر فلا يملك التفرق في حق القبض أيضا لان القبض شبه بالعقد وكذلك لو أبرأه من حصه أحدهما فله حبس الكل لاستيفاء الباقي لما ذكرنا وكذلك لو باع من اثنين فنقد أحدهما حصته كان له حق حبس المبيع حتى يقبض ماعلى الآخر وروى عن أبي يوسف رحمه الله في النواذر انه اذا نقد أحدهما نصف الثمن يأخذ نصف المبيع (ووجهه) ان الواجب على كل واحد منهما نصف الثمن فاذا أدى النصف فقد أدى ما وجب عليه فلا معنى لتوقف حقه في قبض المبيع على أداء صاحبه ولانه لو توقف صاحبه مختار في الأداء قد يؤدي وقد لا يؤدي فيفوت حقه أصلا ورأسا وهذا لا يجوز ولهذا جعل التخلي والتخلي تسليما وقبضا في الشرع على ما ذكرنا فيما تقدم (وجه) ظاهر الرواية على نحو ما ذكرنا ان المبيع في حق الاستحقاق لحبس الثمن لا يحتمل التجزى فكان استحقاق بعضه استحقاق كله وما ذكرنا ان الصفقة واحدة فلا تحتمل التفرق في البعض كما لا تحتمله في القبول فان غاب أحدهما لم يجبر الآخر على تسليم كل الثمن لان الواجب على كل واحد منهما نصف الثمن لا كله فلا يؤخذ بتسليم كله فان اختار الحاضر ذلك ونقد كل الثمن وقبض المبيع هل يكون متبرعا فيما تقدم ام لا اختلف فيه قال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله لا يكون متبرعا فيما تقدم وله أن يحبسه عن الشريك الغائب حتى يستوفي ما تقدم عنه وقال أبو يوسف رحمه الله هو متبرع في حصته (وجه) قوله ظاهر لانه قضى دين غيره بغير أمره فكان متبرعا كما في سائر الديون ولهما انه قضى دين صاحبه بأمره دلالة فلا يكون متبرعا كما لو قضاه بأمره نصا ودلالة ذلك انه لما غاب قبل نقد الثمن مع علمه ان صاحبه استحق قبض نصيبه من المبيع بتسليم حصته من الثمن ولا يمكنه الوصول اليه الا بتسليم كل الثمن كان اذنا له بتسليم حصته من الثمن فكان قاضيا دينه بأمره دلالة فلم يكن متطوعا وصار هذا كمن أعار ماله انسا نا ليرهنه بدينه فرهن ثم افتكه الغير من مال نفسه لا يكون متبرعا ويرجع على الراهن لان الراهن لما علم انه علق مال الغير بدينه ولا يزول العلق الا بانفسكا كانه فكان اذنا له بانفسكا كانه دلالة كذا هذا وله حق حبس العبد الى أن يستوفي ما تقدم عنه كما لو نقد بأمره نصا ولو أدى جميع الثمن وقبض العبد ثم هلك في يده قبل الحبس يرجع على شريكه بنصف الثمن لانه أدى عنه بأمره دلالة على ما ذكرنا والله عز وجل أعلم والرهن بالثمن والكفالة به لا يبطلان حق الحبس لانهما لا يستقطان الثمن عن ذمة المشتري ولا حق المطالبة به فكانت الحاجة الى تعيينه بالقبض قائمة في حق الحبس لاستيفائه (وأما) الحوالة بالثمن فهل تبطل حق الحبس قال أبو يوسف تبطل سواء كانت الحوالة من المشتري بأن أحال المشتري البائع بالثمن على انسان وقبل الحال عليه الحوالة أو من البائع بأن أحال البائع غير ماله على المشتري وقال محمد ان كانت الحوالة من المشتري لا تبطل وللبائع أن يحبس المبيع حتى يستوفي الثمن من الحال عليه وان كانت من البائع فان كانت مطلقة لا تبطل أيضا وان كانت مقيدة بما عليه تبطل فأبو يوسف أراد بقاء الحبس على بقاء الدين في ذمة المشتري وذمته برئت من دين الحيل بالحوالة فيبطل حق الحبس ومحمد اعتبر بقاء حق المطالبة لبقاء حق الحبس وحق المطالبة لم يبطل بالحوالة

المشتري ألا ترى أن له أن يطالب المحال عليه فلم يبطل حق الحبس وبطلت حوالة البائع إذا كانت مقيدة بما على المحال عليه فبطل حق الحبس والصحيح اعتبار محمد لان حق الحبس في الشرع يدور مع حق المطالبة بالثمن لا مع قيام الثمن في ذاته بدليل أن الثمن إذا كان مؤجلاً لا يثبت حق الحبس والتمن في ذمة المشتري قائم وإنما سقطت المطالبة دل أن حق الحبس يتبع حق المطالبة بالثمن لا قيام الثمن في ذاته وحق المطالبة في حوالة المشتري وحوالة البائع إذا كانت مطلقة فكان حق الحبس ثابتاً وفي حوالة البائع إذا كانت مقيدة ينقطع فلم ينقطع حق الحبس وعلى هذا الخلاف إذا حال الرهن المرتين بدينه على رجل أو حال المرتين غير ماله بدينه على الرهن حوالة مطلقة أو مقيدة أنه يبطل حق المرتين في حق حبس الرهن عند أبي يوسف وعند محمد لا يبطل في حوالة الرهن وكذا في حوالة المرتين إذا كانت مطلقة وإن كانت مقيدة تبطل ولو أعار البائع المبيع للمشتري أو أودعه بطل حق الحبس حتى لا يملك استرداده في ظاهر الرواية وروى عن أبي يوسف أنه لا يبطل للبائع أن يسترده (وجه) هذه الرواية أن عقد الاعارة والايديع ليس بمقدور فمكأن له ولاية الاسترداد كالمرتين إذا أعار الرهن من الرهن أو أودعه إياه له أن يسترده لما قلنا كذا هذا (وجه) ظاهر الرواية أن الاعارة والايديع أمانة في يد المشتري وهو لا يصلح نائباً عن البائع في اليد لأنه أصل في الملك فكان أصلاً في اليد فإذا وقعت العارية أو الوديعة في يده وقعت بجهة الاصلية وهي يد الملك ويد الملك يد لزمه فلا يملك إبطالها بالاسترداد وبخلاف الرهن فإن المرتين في اليد الثالثة بعقد الرهن بمنزلة الملك فيمكن تحقيق معنى الانابة ويد النيابة لا تكون لازمة فملك الاسترداد ولو قبض المشتري المبيع باذن البائع بطل حق الحبس حتى لا يملك الاسترداد لأنه أبطل حقه بالاذن بالقبض ولو قبض بغير إذنه لم يبطل وله أن يسترده لان حق الانسان لا يجوز إبطاله عليه من غير رضاه ولو كان المشتري تصرف فيه نظري ذلك أن كان تصرفاً يحتمل القسح كالبيع والهبة والرهن والاعارة والمهار فسخه واسترده لأنه تعلق به حقه وإن كان تصرفاً لا يحتمل القسح كالاعتاق والتدبير والاستيلاء لا يملك الاسترداد لان الاسترداد والاعارة إلى الحبس إمانان كان مع نقض هذه التصرفات وإمانان كان مع قيامها لا سبيل إلى الأول لان هذه التصرفات لا تحتمل النقض ولا سبيل إلى الثاني لأنها إذا بقيت كانت الاعادة إلى الحبس حبس الجزء من كل وجهه أو من وجهه دون وجهه وكل ذلك لا يجوز فبطل حق الحبس أصلاً ولو نقد المشتري الثمن فوجده البائع زوفاً أو ستوقاً أو مستحقاً أو وجد بعضه كذلك فهذا لا يخلو إمانان يكون المشتري قبض المبيع وإمانان يكون لم يقبض فإن كان لم يقبضه كان له حق الحبس في القصول كلها لأنه تبين أنه ما استوفى حقه وإن كان قبضه المشتري ينظر أن كان قبضه بغير إذن البائع فللبائع أن يسترده في القصول كلها لما قلنا وكذلك أن كان المشتري تصرف في المبيع فللبائع أن يفسخ تصرفه ويسترد المبيع إلا إذا كان تصرفاً لا يحتمل القسح فلا يفسخ ويطلب المشتري بالثمن فلو نقد المشتري الثمن قبل أن يفسخ التصرف الذي يحتمل القسح لا يفسخ لأنه لما نقد الثمن فقد بطل حقه في الحبس فبطل حق القسح والاسترداد وإن كان قبضه باذن البائع ينظر أن وجدته زوفاً فدها لا يملك استرداد المبيع عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر له أن يسترد وهو قول أبي يوسف (وجه) قول زفر أن البائع مريض يزوال حق الحبس إلا بوصول حقه إليه وحقه في الثمن السليم لا في المعيب فإذا وجدته معيباً فلم يسلم له حقه فكان له أن يسترد المبيع حتى يستوفي حقه كالرهن إذا قضى دين المرتين وقبض الرهن ثم إن المرتين وجد المقبوض زوفاً كان له أن يردده ويسترد الرهن لما قلنا كذا هذا (ولنا) أن البائع يسلم المبيع بعد استيفاء جنس حقه فلا يملك الاسترداد بعد ما استوفى حقه ودلالة ذلك أن الزبوف جنس حقه من حيث الأصل وإنما القوائم صفة الجودة بدليل أنه لو تجاوز به في الصرف والسلم جاز ولو لم يكن من جنس حقه لما جاز لأنه يكون استبدالاً ببدل الصرف والسلم وأنه لا يجوز وإذا كان المقبوض جنس حقه فقسلم المبيع بعد استيفاء جنس الحق يمنع من الاسترداد بخلاف الرهن لأن الرهن استيفاء لحقه من الرهن والافتكاك إيفاء من مال آخر فإذا وجد زوفاً تبين أنه ما استوفى حقه

فكان له ولاية الاسترداد والدليل على التفرقة بين الرهن والبيع أنه لو أعار المبيع المشتري بطل حق الحبس حتى لا يملك استرداده ولو أعار المرهون الراهن لا يبطل حق الحبس وله أن يسترده فان وجده ستوقاً أو رصاصاً أو مستحقاً وأخذ منه له أن يرد بخلاف الزبوف لأن البائع إنما أذن للمشتري بالقبض على أنه استوفى حقه وتبين أنه لم يستوف أصلاً ورأساً لأن الستوق والرصاص ليسا من جنس حقه ألا ترى أنه لو تجوز بها في الصرف والسلم لا يجوز وإن كان الاذن بالقبض على تقدير استيفاء الحق وقد تبين أنه لم يستوف فتبين أنه لم يكن أذناً له بالقبض ولا راضياً به فكان له ولاية الاسترداد ولو كان المشتري تصرف فيه فلا سبيل للبائع عليه سواء كان تصرفاً يحتمل الفسخ كالبيع والرهن والاجارة ونحوها ولا يكون كالاتاق ونحوه بخلاف ما إذا قبضه بغير إذن البائع قبل نقد الثمن وتصرف فيه تصرفاً يحتمل الفسخ أنه يفسخ ويسترد لأن هناك لم يوجد الاذن بالقبض فكان التصرف في المبيع ابطالاً لحقه فيرد عليه إذا كان محتملاً للرذوه هنا وجد الاذن بالقبض فكان تصرف المشتري حاصلًا عن تسليط البائع فنقد و بطل حقه في الاسترداد كالمقبوض على وجه البيع الفاسد إذا تصرف فيه المشتري أنه يبطل حق البائع في الفسخ إلا أن في البيع الفاسد إذا أجز المبيع تفسخ الاجارة وههنا لا يفسخ لأن الاجارة تفسخ بالعدر وقد تحقق العذر في البيع الفاسد لانه مستحق الفسخ حتماً للشرع دفعا للفساد فجعل استحقاق الفسخ بسبب الفساد عذراً في فسخ الاجارة ولا فساد ههنا فلا عذر في الفسخ فلا يفسخ ولو كان مكان البيع كتابة فادى المكتاب بدل الكتابة فعتق ثم وجد المولى المقبوض زبوفاً أو مستحقاً فالعتق ماض فان وجده ستوقاً أو رصاصاً لا يعتق لذ كذا أن الزبوف من جنس حقه فصار بقبضها قابضاً أصل حقه وكذا قبض الدراهم المستحقة وقع صحيحاً ظاهراً واحتمال الاجارة بعد ظهور الاستحقاق ثابت أيضاً والعتق بعد ثبوته ظاهراً لا يحتمل الفسخ بخلاف ما إذا وجدها ستوقاً أو رصاصاً لأن ذلك ليس من جنس حقه أصلاً ورأساً فلم يوجد أو بدل الكتابة فلا يعتق يحتمل الفرق بينهما إذا حلف لا يفارق غريمه حتى يستوفى حقه فقبض ثم وجد المقبوض بعد الافتراق زبوفاً أو مستحقاً فرد الزبوف أو أخذ المالك المستحقة برغمه فإنه وان وجده ستوقاً أو رصاصاً حنث في يمينه والله عز وجل أعلم ولو قبض المشتري المبيع باذن البائع ثم أفلس أو مات قبل نقد الثمن أو بعد ما تقدم منه شيئاً وعليه ديون لا ناس شتى هل يكون البائع أحق به من سائر الغرماء اختلف فيه قال أصحابنا لا يكون له بل الغرماء كلهم أسوة فيه فيباع ويقسم منه بينهم بالخصص وقال الشافعي رحمه الله البائع أحق به وإن لم يكن قبضه حتى أفلس أو مات فإن كان الثمن مؤجلاً فهو على هذا الاختلاف وإن كان حالاً فالبايع أحق به بالاجماع احتج الشافعي بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال إذا أفلس المشتري فوجد البائع متاعه عنده فهو أحق به وهذا نص في الباب ولأن العجز عن تسليم المبيع يوجب حق الفسخ للمشتري بالاجماع فان من باع عبداً فأبقى قبل القبض أو غصب أو كانت دابة فضلت للمشتري أن يفسخ البيع والعجز عن تسليم الثمن يوجب الفسخ للبائع أيضاً لأن البيع عقد معاوضة ومبنى المعاوضات على المساواة (ولنا) ما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال من باع بيعاً فوجده وقد أفلس الرجل فهو ماله بين غرمائه وهذا نص وهو عين مذهبننا ولأن البائع لم يكن له حق حبس المبيع حال كون المشتري حياً مالياً فلا يكون أحق بثمنه بعد موته وأفلاسه لأن الثمن بدل المبيع قائم مقامه واعتبار الثمن بالمبيع غير سديد لأن بينهما مفارقة في الاحكام ألا ترى أن ملك المبيع شرط جواز العقد وملك الثمن ليس بشرط فانه لو اشترى شيئاً بدراهم لا يملكها جاز ولو باع شيئاً لا يملكه لا يجوز وكذا لا يجوز التصرف في المبيع المنقول قبل القبض والتصرف في الثمن قبل القبض جائز وغير ذلك من الاحكام فكان اعتبار الثمن بالمبيع على الإطلاق فاسد والحديث محمول على ما إذا قبض المبيع بغير إذن البائع وعندنا البائع أحق به في هذه الحالة إلا أنه ذكرنا فلاس وإن كان حق الاسترداد لا يتقيد به لأن المثل لا يمكن من دفع الاسترداد بدنه الثمن والمفلس لا يتمكن من ذلك فكان ذكرنا فلاس مفيداً لاحتوائه على ما قلنا توفيقاً بين الدلائل والله عز وجل الموفق (ومنها) وجوب

الاستبراء في شراء الجارية وجملة الكلام فيه ان الاستبراء نوعان نوع هو مندوب ونوع هو واجب (أما)
 المندوب اليه فهو استبراء البائع اذا وطئ جارية وأراد أن يبيعها أو يخرجها عن ملكه بوجه من الوجوه عند عامة العلماء
 وقال مالك رحمه الله هو واجب (وجهه) قوله أنه يحتفل بشغل الرحم بماء البائع فيلزمه التعرف عن ذلك بالاستبراء
 كما في جانب المشتري (ولنا) أن سبب الوجوب لم يوجد في حق البائع على ما ذكره والاعتبار بالمشتري غير سديد
 لأن الوجوب عليه لصيانة مائه عن الاختلاط بماء البائع والخلط يحصل بفعل المشتري لا بفعل البائع فتجب
 الصيانة عليه بالاستبراء لا على البائع لانه يندب اليه لتوهم اشتغال رحمها بماءه فيكون البيع قبل الاستبراء مباشرة
 شرط الاختلاط فكان الاستبراء مستحبا وكذا اذا وطئ أمته أو مدبرته أو أم ولده ثم أراد أن يزوجه من غيره
 يستحب أن لا يفعل حتى يستبرئها لما قلنا واذن زوجها قبل الاستبراء أو بعده فلزوجه أن يطأها من غير استبراء وقال
 محمد رحمه الله أحب إلى أن يستبرئها بحبيضة ولست أوجه عليه وكذلك الرجل اذا رأى امرأة تزنى ثم تزوجه أنه أن
 يطأها من غير استبراء وقال محمد أحب إلى أن لا يطأها حتى يستبرئها ويعلم فراغ رحمها والله عز وجل أعلم (وأما)
 الاستبراء الواجب فهو استبراء المشتري وكل من حدث له حل الاستمتاع بالجارية بحديث ملك اليمين مطلقا
 والكلام فيه في مواضع في بيان وجوب هذا النوع من الاستبراء وفي بيان سبب وجوبه وفي بيان ما يقع به
 الاستبراء (أما) الأول فالأصل فيه ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال في سبأيا أو طاس ألا
 لا توطأ الحبالى حتى يضمن ولا الحيالى حتى يستبرأ بحبيضة والنص الوارد في السبي يكون واردا في سائر أسباب
 الملك دلالة لأن الاستبراء طلب براءة الرحم وأنه واجب على المشتري لأن به يقع الصيانة عن الخلط والخلط حرام
 لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يستعين ماءه زرع غيره والصيانة
 عن الحرام تكون واجبة ولا تقع الصيانة إلا بالاستبراء فيكون واجبا ضرورة فلا يحل له وطؤها قبل الاستبراء
 ولأن يلمسها بشهوة أو ينظر إلى فرجها عن شهوة لأن كل ذلك داع إلى الوطء والوطء اذا حرم حرم بدواعيه
 كما في باب الظهار وغيره بخلاف الحائض حيث لم تحرم الدواعي منها لأن المحرم هناك ليس هو الوطء بل استعمال
 الأذى والوطء حرام لغيره وهو استعمال الأذى ولا يجوز ذلك في الدواعي فلا يجوز والله عز وجل أعلم (وأما)
 سبب وجوبه فهو حدوث حل الاستمتاع بحديث ملك اليمين مطلقا يعني به ملك الرقبة واليد بأي سبب
 حدث الملك من الشراء والسبي والصدقة والهبة والارث ونحوها فلا يجب الاستبراء على البائع لأن عدم السبب
 وهو حدوث الحل ويجب على المشتري لوجود سببه سواء كان بائه ممن يطأ أو ممن لا يطأ كالمراة والسبي
 الذى لا يعقل وسواء كانت الجارية بكرا أو ثيبا في ظاهر الرواية لما قلنا وروى عن أبي يوسف أنه اذا علم
 المشتري أنهم توطأ لا يجب الاستبراء لأن الاستبراء طلب براءة الرحم وفراغها عما يشغلها ورحم البكر برة
 فارغة عن الشغل فلامعنى لطلب البراءة والفراغ (والجواب) أن الوقوف على حقيقة الشغل والفراغ متعذر
 فتعلق الحكم بالسبب الظاهر وهو حدوث حل الاستمتاع بحديث ملك اليمين مطلقا وقد وجد ولا يجب على من
 حرم عليه فرج أمته بمرض الحيض والنفاس والردة والكتابة والتزويج اذا زالت هذه العوارض بأن طهرت
 وأسلمت وعجزت فطلقها الزوج قبل الدخول بها لأن حل الاستمتاع لم يحدث بل كان ثابتا لكن منع منه لغيره
 وقد زال بزوال العوارض وكذا لم يحدث ملك اليمين فلم يوجد السبب ولا يجب بشراء جارية لا يحل فرجها بملك
 اليمين بأن وطئها أبوه أو ابنه أو لمسها بشهوة أو نظر إلى فرجها لا بشهوة أو كان هو وطئ أمها أو ابنتها أو نظر إلى فرجها عن
 شهوة أو كانت مرتدة أو محسوسة ونحو ذلك من الفروج التي لا تحل بملك اليمين لأن فائدة الاستبراء التحكك من
 الاستمتاع بعد حصول انعدام مانع معين منه وهو اختلاط الماءين والاستبراء في هذه المواضع لا يفيد
 التحكك من الاستمتاع لوجود مانع آخر وهو أن الحل لا يحتمل الحل ولا يجب على العبد والمكاتب والمسد بل انعدام

حدوث حل الاستمتاع بملك اليمين لعدم الملك لهم قال النبي عليه الصلاة والسلام لا يتسرى العبد ولا يسره مولاه ولا
 بملك العبد ولا المكاتب شيئاً الا الطلان ولو اشترى جارية من عبده المأذون ينظر ان لم يكن على العبد دين أصلاً أو
 عليه دين غير مستغرق لا يجب عليه ان يستبرئها اذا كانت حاضت عند العبد ويجزى بتلك الحيضة لان كسب
 المأذون الذي لا دين عليه أو عليه دين غير مستغرق ملك المولى فقد حاضت في ملك نفسه فيجزى بها عن الاستبراء
 وان كان عليه دين مستغرق رقبته وكسبه يجب عليه الاستبراء عند أبي حنيفة رحمه الله وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما
 الله لا يجب عليه بناء على ان المولى لا يملك كسب عبده المأذون المدين ديناً مستغرقاً عنده وعندهما يملكه ولو تباعا
 بيميناً صححاً ثم تقايلا فان كانت الاقالة قبل القبض فالقياس ان يجب الاستبراء على البائع وهو راية أبي يوسف عن
 أبي حنيفة رحمهما الله وفي الاستحسان لا يجب وهو راية محمد عن أبي حنيفة رحمهما الله وهو قول أبي يوسف ومحمد
 رحمهما الله (وجه) القياس أنه وجد سبب الوجوب في حقه وهو حدوث حل الاستمتاع بحدوث ملك اليمين
 حقيقة وانكار الحقائق مكابرة (وجه) الاستحسان ان الاقالة قبل القبض فسخ وفسخ رفع من الاصل واعادة
 الى قديم الملك كانه لم يزل عن ملك البائع فلم يوجد السبب مع ما ان الملك قبل القبض غير متأكد والتأكد اثبات من
 وجه فلم يتكامل الملك للمشتري فلم يحدث ملك اليمين للبائع على الاطلاق فلم يتكامل السبب وان كانت الاقالة بعد
 القبض يجب (أما) عند أبي يوسف فلان الاقالة بيع جديد فكانت استحداثاً للملك مطلقاً (وأما) عند أبي
 حنيفة ومحمد رحمهما الله وان كانت فسخاً لكن في حق العاقدين فاما في حق ثالث فيبيع جديداً ولا استبراء يجب حقاً
 للشرع فاعتبر حق الشرع ثالثاً في حق وجوب الاستبراء احتياطاً ولو رد الجارية بيعت أو خيار رؤية يجب
 الاستبراء على البائع لوجود السبب وهو حدوث حل الاستمتاع بحدوث ملك اليمين لان خيار الرؤية وخيار العيب
 لا يمنع ثبوت الملك للمشتري (وأما) الرد بخيار الشرط فينظر فيه ان كان الخيار للبائع فلا يجب الاستبراء بالاجماع لان
 خياره لا يمنع زوال السابعة عن ملكه فلم يوجد حدوث حل الاستمتاع بحدوث ملك اليمين وان كان الخيار للمشتري
 لا يجب الاستبراء على البائع عند أبي حنيفة رحمه الله سواء كان الرد قبل القبض أو بعده بناء على ان خيار المشتري يمنع
 دخول السابعة في ملكه عند أبي حنيفة واذا لم تدخل في ملك المشتري وان خرجت عن ملك البائع فلا تخرج
 وقيت على ملكه فلم يوجد سبب الوجوب (وأما) عندهما فان كان الرد قبل القبض فالقياس ان يجب لانها زالت
 عن ملك البائع ودخلت في ملك المشتري فاذا ردت عليه فقد وجد سبب الوجوب في حق البائع وفي الاستحسان
 لا يجب لان الرد قبل القبض فسخ محض ورفع للعقد من الاصل كانه لم يكن وان كان بعد القبض يجب الاستبراء قياساً
 واستحساناً لانها دخلت في ملك المشتري وان كان المبيع فاسداً ففسخ وردت الجارية الى البائع فان كان قبل
 القبض فلا استبراء على البائع لانها على ملكه فلم يحدث له الحل وان كان بعده فعليه الاستبراء بالاجماع لوجود السبب
 ولو أسر العدو الجارية ثم عادت الى المالك فان كان قبل الاحراز بدار الحرب فلا استبراء على المالك لانعدام
 السبب وهو حدوث الحل بحدوث الملك وان كان بعد الاحراز بدارهم وجب لوجود السبب ولو أبت من دار
 الاسلام الى دار الحرب وأخذها الكفار ثم عادت الى صاحبها بوجه من الوجوه فلا استبراء عليه عند أبي حنيفة
 لانهم لم يملكوها فلم يوجد السبب وعندهما عليه الاستبراء لانهم ملكوها لوجود السبب ولو اشترى جارية مع غيره
 فلا استبراء عليهما لانعدام السبب وهو حدوث الحل اذ لا تحمل لاحدهما ولو اشترى جارية ولها زوج قبضها
 وطلقها الزوج قبل الدخول بها فلا استبراء على المشتري لانه لم يوجد السبب وهو حدوث حل الاستمتاع بحدوث
 ملك اليمين وقت الشراء لقيام فراش الزوج وبعد زوال الفراش لم يحدث سبب حدوث الحل وهو ملك اليمين وذكر
 الكرخي رحمه الله ان على قول أبي يوسف يجب الاستبراء على المشتري ومن هذا استخرجوا الاسقاط الاستبراء
 حيلة وهي أن يزوج البائع الجارية بمن يجوز له نكاحها ولم يكن تحت حرة ونحو ذلك من الشرائط ثم يبيعها ويسلمها الى

المشتري ثم يطلقها الزوج قبل الدخول بها فتحل للمشتري من غير استبراء وان طلقها الزوج قبل القبض ثم قبضها المشتري لا يحل له وطؤها حتى يستبرأ وحيلة أخرى لا سقاط الاستبراء أن زوجها البائع من المشتري قبل الشراء المشتري ممن يجوز له نكاحها بان لم يكن تحت حرة ونحو ذلك ثم يشتريها فيفسد النكاح ويحل له وطؤها من غير استبراء وهذا الوجه الثاني أولى لأنه يسقط عنه جميع المهر وفي الوجه الأول على الزوج المطلق نصف المهر للبائع فيحتاج إلى إبرائه عنه ولو كانت الجارية في عدة من زوجها عدة طلاق أو عدة وفاة فاشترها وقبضها ثم انقضت عدتها فلا استبراء عليه لأن قيام العدة بمنزلة قيام النكاح ولو كانت منكوبة فطلقها قبل الدخول بها لم يجب الاستبراء كذا هذا وعلى ما ذكره الكرخي رحمه الله على قول أبي يوسف يجب الاستبراء فان انقضت عدتها قبل القبض لم يعتد بذلك ولا يحل له حتى يستبرأ بها بعد القبض بحیضة أخرى في ظاهر الرواية وروى عن أبي يوسف أنه يعتد بذلك كما يعتد بالحیضة قبل القبض عنده وعلى هذا يخرج عدم وجوب الاستبراء في النكاح حتى ان من تزوج جارية فلزوج أن يطأها من غير استبراء لأن السبب لم يوجد وهو حدوث حل الاستمتاع بملك الميمن وقال محمد أحب إلى أن يستبرأ بحیضة ولست أوجبها عليه وذكر الكرخي رحمه الله وقال لا استبراء عليه في قول أبي حنيفة رضي الله عنه وقال أبو يوسف استبرأ بها الزوج استحصانا (وجه) قول أبي يوسف ان المعنى الذي له وجوب الاستبراء في ملك الميمن موجود في ملك النكاح وهو التعرف عن براءة الرحم فوجب الاستبراء في المملكين ولا في حنيفة ان جواز نكاحها دليل براءة رحمها شرعا فلا حاجة إلى التعرف بالاستبراء وما ذكره محمد بن نويع احتياط وهو حسن وعلى هذا يخرج ما إذا اشترى جارية فلم يقبضها حتى حاضت في يد البائع حیضة أنه لا يجزى بها في الاستبراء في ظاهر الرواية حتى لو قبضها لا يحل له حتى يسبرأ بحیضة أخرى لأنه لم يحدث له حل الاستمتاع قبل القبض ولا حدث له ملك الميمن على الإطلاق لانعدام اليد وهذا لأن الملك قبل القبض غير متأكد والتأكد اثبات من وجه فكان له حكم العدم من وجه فلم يجب به الاستبراء وروى عن أبي يوسف أنه يجزى بها ولا استبراء لأن الحیضة قبل القبض تصلح دليلا على فراغ رحمها فحصل المقصود من الاستبراء فيكفئ بها (وأما) بيان ما يقع به الاستبراء فنقول والله التوفيق الجارية في الأصل لا يخلو اما ان كانت ممن تحيض واما ان كانت ممن لا تحيض فان كانت ممن تحيض فاستبرأؤها بحیضة واحدة عند عامة العلماء وعامة الصحابة رضي الله عنهم وعن معاوية رضي الله عنه ان استبرأها بحیضتين لأن الاستبراء أخت العدة وعدتها حیضتان والصحيح قول العامة لما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال في سبأيا وأطاس ألا لا توطأ الحبالى حتى يضمن ولا الحبالى حتى يستبرأ بحیضة والفعلة للمرة والتقدير الشرعى يمنع من الزيادة عليه لا بدليل ولأن ما شرع له الاستبراء وهو حصول العلم بطهارة الرحم يحصل بحیضة واحدة فكان ينبغي أن لا يشترط العدة في باب العدة أيضا إلا أناعرفنا ذلك نصا بخلاف القياس فيقتصر على مورد النص وان كانت ممن لا تحيض فلا يخلو اما ان كانت لا تحيض لصغرها أو لكبرها وان كانت لا تحيض لعلها وهي الممتد طهرها (وأما) ان كانت لا تحيض لحبل فان كانت لا تحيض لصغرها أو لكبرها فاستبرأؤها بشهر واحد لان الأشهر أقيمت مقام الاقراء في حق الآيسة والصغيرة في العدة فكذا في باب الاستبراء وان كانت لا تحيض لعلها فقد اختلفوا فيه قال أبو حنيفة عليه الرحمة لا يطؤها حتى يعلم أنها غير حامل ولم يوقت في ذلك وقتا وقال أبو يوسف يستبرأ بها ثلاثة أشهر أو أربعة أشهر وعن محمد روايتان في رواية قال يستبرأ بها بشهرين وخمسة أيام عدة الاماء وفي رواية قال يستبرأ بها أربعة أشهر وعشرة مدة عدة الحرائر وقال زفر يستبرأ بها سنتين لأن الولد الموجود في البطن لا يبقى أكثر من سنتين فاذا مضت سنتان ولم يظهر بها حمل علم أنها غير حامل ويحتمل أن يكون هذا تفسير قول أبي حنيفة لا يطؤها حتى يعلم أنها غير حامل وهو اختيار الطحاوى ويحتمل أن يكون ما قاله أبو يوسف تفسيراً لقوله لا تهامة يعلم فيها أنها ليست بحامل لأن الحبل يظهر في مثل هذه المدة لو كان لظهور آثاره من انتفاخ البطن وغير ذلك فيسدل عدم الظهور على براءة رحمها وان كانت لا تحيض لحبل بها فاستبرأؤها بوضع الحبل بعد القبض

لان وضع الحمل في الدلالة على فراغ رحمها فوق الحيضة فاذا وضعت حملها حل له أن يستمتع بها فيما سوى الجماع مادامت في نقاسها كما في الحائض فان وضعت حملها قبل القبض ثم قبضها لا يطؤها حتى يستبرئها ولا يجزى بوضع الحمل قبل القبض كما يجزى بالحيضة قبل القبض وعلى قياس ما روى عن أبي يوسف يجزى به كما يجزى بالحيضة قبل القبض والله عز وجل أعلم ثم ما ذكرنا من الحكم الاصل للبيع وما يجزى مجرى التوابع للحكم الاصل كما ثبت في المبيع يثبت في زوائد المبيع عندنا وعند الشافعي رحمه الله لا يثبت شيء من ذلك في الزوائد والكلام فيه مبني على أصل وهو أن زوائد المبيع مبيعة عندنا سواء كانت منفصلة أو متصلة متولدة من الأصل أو غير متولدة منه الا الهبة والصدقة والكسب وعنده ليست بمبيعة أصلاً وإنما تلك ملك الاصل لا بالبيع السابق (وجه) قول الشافعي رحمه الله في اثبات هذا الاصل ان المبيع ما أضيف اليه البيع ولم توجد الاضافة الى الزوائد لكونها منعمة عند البيع فلا تكون مبيعة ولهذا لم يكن الكسب مبيعاً ولا ان المبيع ما يقابل به ثمن اذا البيع مقابلة المبيع بالثمن والزيادة لا يقابلها ثمن لان كل الثمن مقابل بالاصل فلم تكن مبيعة كالكسب ولهذا تمخض الزيادة عنده في المبيع والثلث (ولنا) ان المبيع ما يثبت فيه الحكم الاصل للبيع والحكم الاصل للبيع يثبت في الزوائد بالبيع السابق فكانت مبيعة وبيان ذلك ان الحكم الاصل للبيع هو الملك والزوائد مملوكة بخلاف الدليل على انها مملوكة بالبيع السابق ان البيع السابق أوجب الملك في الاصل ومتى ثبت الملك في الاصل ثبت في التبع فكان ملك الزيادة بواسطة ملك الاصل مضافاً الى البيع السابق فكانت الزيادة مبيعة ولكن تبعاً لثبوت الحكم الاصل فيها تبعاً وعلى هذا الاصل مسائل يبينها بين الشافعي رحمه الله (منها) ان للبائع حق حبس الزوائد لا ستيفاء الثمن كالحق حبس الاصل عندنا وعندنا ليس له أن يجبس الزوائد (ومنها) ان البائع اذا ألتف الزيادة سقطت حصتها من الثمن عن المشتري عندنا كما لو ألتف جزءاً من المبيع وعنده لا يسقط شيء من الثمن وعليه ضمانها كما لو ألتفها أجنبي ولا خيار للمشتري عند أبي حنيفة وعندنا يثبت على مامر وكذا اذا ألتف الارش أو العرق قبل القبض عندنا لانه بدل الجزء القاتل فكان حكمه حكم الجزء ولو هلكت الزيادة بآفة سماوية لا يسقط شيء من الثمن بالاجماع وان كانت مبيعة عندنا لانها مبيعة تبعاً بمنزلة أطراف الام لا مقصودا والاطراف كالاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن الا ان تصير مقصودة بالفعل من القبض أو الجناية ولم يوجد ولا خيار للمشتري لان الصفقة لم تنفرد عليه لان العقد ما أضيف اليها وإنما يثبت حكم العقد فيها تبعاً فلا يثبت الخيار الا في ولد الجارية اذا هلك قبل القبض بآفة سماوية فانه يثبت الخيار للمشتري لاهلاك الزيادة بل لحدوث نقصان في الام بسبب الولادة وكذا الخيار بحدوث زيادة ما قبل القبض الا في ولد الجارية لاجل نقصان الام بالولادة لا لحدوث الزيادة (ومنها) ان المشتري اذا قبض الزوائد يصير لها حصة من الثمن بالقبض عندنا فيقسم الثمن على قيمة الاصل يوم العقد وعلى قيمة الزيادة يوم القبض حتى لو اطلع المشتري على عيب بالاصل فانه يرد به حصته من الثمن لا بجميع الثمن عندنا وعندنا لا حصة للزيادة من الثمن بحال وعندنا ظهور العيب بالاصل يرد بكل الثمن ولا يكون بازاء الزيادة شيء وكذا اذا وجد بالزيادة عيباً يرد بها حصتها من الثمن وعنده لا يرد بها بالعيب أصلاً وكذا المشتري اذا ألتف الزيادة قبل القبض يصير لها حصة من الثمن عندنا لانه صار قابضاً له بالاتلاف وبالقبض يصير لها حصة من الثمن على ما ذكرنا وعنده لا حصة لها من الثمن بحال ولو هلك الاصل وبقيت الزيادة بقي العقد في قدر الزيادة عندنا ويصير لها حصة من الثمن فينقسم الثمن على الاصل يوم العقد وعلى الزيادة يوم الهلاك فيبطل ملك الثمن بقدر قيمة الاصل ويبقى بحصة الزيادة بخلاف ما اذا هلك قبل حدوث الزيادة حيث يفسخ العقد أصلاً ورأساً ويسقط كل الثمن لان هناك لا فائدة في بقاء العقد اذ لو بقي لطلب البائع من المشتري الثمن فيطلب المشتري منه تسليم المبيع ولا يمكنه تسليمه فيفسخ ضرورة لا نعدم فائدة البقاء واذا بقيت الزيادة كان في بقاء العقد في الزيادة فائدة لا مكان تسليمها بقي العقد فيها وصار لها حصة من الثمن فينقسم على الاصل والزيادة على ما ذكرنا وعندنا اذا هلك الاصل انفسخ العقد أصلاً ورأساً (ومنها)

انه اذا تلفها أحتي وضمنها بلا خلاف فالمشتري بالخيار عندنا ان شاء اختار الفسخ و يرجع البائع على الجاني بضمان
الجناية وان شاء اختار المبيع واتبع الجاني بالضمان وعليه جميع الثمن كالأصل وعنده عليه الضمان ولا خيار
للمشتري (ومنها) اذا اشترى نخلا بكم من تمر فلم يقبض النخل حتى أتم النخل كرا قبض النخل مع الكرا الحادث
لا يطيب الكر وعليه أن يتصدق به عندنا لان التمر الحادث عندنا زادة متولدة من المبيع فكان مبيعا وله عند القبض
حصة من الثمن كالغيره من الزوائد والتمر من جنسه زادة عليه فلو قسم على النخل والكر الحادث يصير رافىفسد
البيع في الكرا الحادث ولا يفسد في النخل بخلاف ما اذا باع نخلا وكر من تمر بكم من تمران العقد يفسد في التمر والنخل
جميعا لان هناك الراد دخل في العقد باشتراطهما وصنعهما لان بعض المبيع مال الراد وهو التمر والتمر مقسوم عليهما
فيحقق الراد وادخل الراد في العقد يفسد العقد كله وهما البيع كان حيا في الأصل لان الثمن خلاف جنس المبيع
وهو النخل وحده الا انه لما زاد بعد العقد صار مبيعا في حال البقاء لا يصنعهما فيفسد في الكرا الحادث ويقتصر الفساد
عليه (ومنها) اذا اشترى عبدا بألف درهم يساوي ألفين فقطل قبل القبض فاختر المبيع واتبع الجاني فأخذ قيمته
ألفين يتصدق بالألف الزائد عندنا لان درهم مالم يضمن وعنده لا يتصدق بشئ والله عز وجل أعلم (ومنها) اذا غصب
كر حنطة فابتلت في يد الغاصب وانتفخت حتى صارت كرا ونصف كرا ضمن للمالك كرامثله فانه يملك ذلك الكر
ونصف الكر عندنا لكن يتصدق بنصف الكر الزائد وطالب له ما بقي لأن الملك عندنا يثبت من وقت الغصب
بالضمان والزيادة بالانتفاخ حصمت بعد ذلك فتعتبر بالزيادة المتولدة وعند الشافعي رحمه الله في هذا الفصل رد الكل
لان المضمونات عنده لا تملك بالضمان (ومنها) ان الزوائد الحادثة بعد القبض مبيعة أيضا عندنا حتى لو وجد المشتري
بالأصل عيبا فالزيادة تمنع الرد والفسخ بالعيب وبسائر أسباب الفسخ على ما ذكره في خيار العيب في بيان الأسباب
المانعة من الرد بالعيب ان شاء الله تعالى وعنده ليست بمبيعة في أي حال حدثت ولا تمنع رد الأصل بالعيب بكل الثمن
ولو اشترى أرضا فيها أشجار مثمرة فان كان عليها تمر وسماه حتى دخل في البيع فالتمر له حصة من الثمن بلا خلاف
حتى لو كانت قيمة الأرض خمسمائة وقيمة الشجر خمسمائة وقيمة الثمر كذلك فان الثمن يقسم على الكل اثلاثا
بالاجماع لان الكل معقود عليه مقصود الور ودفع المقدر على الكل فان كان للتمر حصة من الثمن حتى لو هلك بأفة
سماوية أو بفعل البائع بأن أكله يسقط عن المشتري ثلث الثمن وله الخيار ان شاء أخذ الأرض والشجر بثلث الثمن
وان شاء ترك لان الثمر لما كان مبيعا مقصودا بهلا كما تفرقت الصفة على المشتري قبل التمام فيثبت الخيار وان لم
يكن الثمر موجودا وقت العقد وحدث بعده قبل القبض فأكله البائع فقد صار له حصة من الثمن عندنا لصبر ورته مبيعا
مقصورا بالأتلاف على ما بينا لكن الكلام في كيفية أخذ الحصة فختلف أصحابنا فيها قال أبو حنيفة ومحمد يأخذ
الحصة من الشجر والأرض جميعا فيقسم الثمن على الشجر والأرض والتمر اثلاثا فيسقط ثلث الثمن بالأتلاف البائع
وقال أبو يوسف يأخذ الحصة من الشجر خاصة فيقسم الثمن على قيمة الأرض والشجر ثم ما أصاب الشجر يقسم
عليه يوم العقد وعلى قيمة الثمر يوم الأتلاف فيسقط بيانه اذا كانت قيمة الأرض ألقا وقيمة الأشجار ألقا وقيمة
التمر كذلك فأكل البائع الثمر قبل القبض يسقط عن المشتري ثلث الثمن عندهما ويأخذ الأرض والأشجار بثلث
الثمن ولا خيار له عند أبي حنيفة خاصة وعند محمد له الخيار ان شاء أخذ الأرض والشجر بثلث القيمة وان شاء ترك
وعند أبي يوسف يسقط عن المشتري ربع الثمن فيقسم الثمن على الأشجار والأرض نصفين ثم ما أصاب الشجر
يقسم عليه وعلى الثمر نصفين فكان حصة الثمر ربع الثمن فيسقط ذلك كله وله الخيار ان شاء أخذ الأرض والشجر
بثلاثة أرباع الثمن وان شاء ترك (وجه) قول أبي يوسف ان الثمر تابع للشجر لان الثمر متولد منها فأخذ الحصة
منها كما لو اشترى جارية مع ولدها فولدت مع ولدها ولدا آخر فالولد الثاني يكون له حصة من الولد الأول ولهما من
الشجر تابع للأرض في البيع بدليل انه يدخل في الأرض من غير تسمية ولو هلك بعد ما دخلت قبل القبض

لا يسقط شيء من الثمن دل أنها تابعة وما كان تابعا لغيره في حكم لا يستتبع غيره في ذلك الحكم فكان نظيره مسئلتنا ما لو
 شترى جارية فولدت ولد أقبل القبض ثم ولد ولدها ولد ألا يكون للولد الثاني حصصة من الولد الاول لان الاول في
 نفسه تابع فلا يستتبع غيره كذا ههنا والله عز وجل أعلم ويتصل بما ذكرنا الزيادة في المبيع والتمن والخط عن الثمن
 والكلام فيهما في ثلاثة مواضع أحدها في أضل الجواز أنهما جائزان أم لا والثاني في شرائط الجواز والثالث في
 كيفية الجواز (أما) الاول فقد اختلف العلماء فيه قال أصحابنا الثلاثة الزيادة في المبيع والتمن جائزة مبيعا وتمنا كأن
 العقد ورد على المزدعيه والزيادة جميعا من الابتداء وقال زفر لا تجوز الزيادة مبيعا وتمنا ولكن تكون هبة مبتدأة فان
 قبضها صارت ملكا له ولا تبطل وأظهر أقوال الشافعي رحمه الله مثل قولنا ان كان في مجلس العقد وان كان بعد الافتراق
 فقوله مثل قول زفر وصورة المسئلة اذا اشترى رجل عبدا بألف درهم وقال المشتري زدتك خمسمائة أخرى تمنا وقبل
 البائع أو قال البائع زدتك هذا العبد الآخر أو قال هذا الثوب مبيعا وقبل المشتري جازت الزيادة كان الثمن في الاصل
 ألف وخمسمائة والمبيع في الاصل عبدان أو عبد وثوب سواء كان ذلك قبل القبض أو بعده وكذلك اذا اشترى عبدان
 بألف درهم ثم زاد المشتري في الثمن مائة درهم جازت الزيادة كان الثمن في الاصل ألف ومائة تنقسم الزيادة على
 قيمتهما وكذلك لو كان لعبد ثمن مسمى أو كان لكل واحد منهما ثمن مسمى وزاد المشتري في الثمن مائة مطلقا انقسمت
 الزيادة على قدر القيمتين وعلى هذا الخلاف الزيادة في القيمتين من الوارثين بعد موت العاقدين لان الوارث خاف
 المورث في ملكه القائم بعد موته ألا ترى انه يرد بالعيب ويرد عليه كان الوارث حتى قائم فزاد وعلى هذا الخلاف
 الزيادة من الوكيل لانه يتصرف بتولية مستفاد من قبل الموكل وأما الزيادة من الاجنبي فلا شك ان عندهما لا تجوز
 وأما عندنا فان زاد بامر العاقد جاز لانه وكيله في الزيادة وان زاد بغير أمره وقتت الزيادة على اجازته ان أجاز جازت
 وان رد بطلت إلا أن يضمن الزائد الزيادة فيجوز ولا يتوقف على اجازة العاقد وان لم يحصل للاجنبي بمقابلة الزيادة
 شيء وعلى هذا قالوا فيمن اشترى عبدا بألف درهم على أن خمسمائة سوى الالف على رجل ضمنه وقبل فاعبد
 للمشتري والخمسمائة على الثالث من غير أن يستحق شيئا بالخمسمائة وذكر في الجامع الصغير اذا قال الرجل بيع هذه الدار
 من فلان بألف درهم على اني ضامن لك من الثمن خمسمائة ان البيع على هذا الشرط صحيح والخمسمائة على الاجنبي
 ولو قال على اني ضامن لك خمسمائة ولم يقل من الثمن كان باطلا لا يلزم شيء وعلى هذا الخلاف الزيادة في المهر
 المسمى في النكاح وأما الزيادة في المنكوحه بالمهر الاول فلا تجوز بالاجماع وعلى هذا الخلاف الزيادة في رأس
 مال السلم وأما الزيادة في المسلم فيه فلا تجوز بالاجماع وعلى هذا الخلاف الزيادة في الرهن وأما الزيادة في الدين فلا
 تجوز عند أبي حنيفة ومحمد استحسانا وعند أبي يوسف جائز قياسا والفرق لابي حنيفة ومحمد بين الزيادة في الرهن
 وبين الزيادة في الدين نذكره في كتاب الرهن وعلى هذا الخلاف حط بعض الثمن انه جائز عندنا ولا يتحقق بأصل
 العقد والتمن هذا القدر من الابتداء حتى ان المبيع اذا كان دارا فالشفيع يأخذها بالشفعة بما بقي بعد الحط وعندهما
 هو هبة مبتدأة إلا أن قيام الدين عليه أو كونه قابلا لاستئناف العقد ليس بشرط لصحة الحط بل خلاف بين أصحابنا
 وفي الزيادة خلاف نذكره ان شاء الله تعالى (وجه) قول زفر والشافعي رحمهما الله ان الثمن والمبيع من الاسماء
 الاضافية المتقابلة فلا يتصور مبيع بلا ثمن ولا ثمن بلا مبيع فالقول بجواز المبيع والتمن مبيعا وتمنا قول بوجود المبيع
 ولا ثمن والتمن ولا مبيع لان المبيع اسم لمال يقابل ملك المشتري وهو الثمن والتمن اسم لمال يقابل ملك البائع وهو
 المبيع فان زيادة من البائع لو حثت مبيعا لا تقابل ملك المشتري بل تقابل ملك نفسه لانه ملك جميع الثمن ولو حثت من
 المشتري تمنا لا تقابل ملك البائع بل تقابل ملك نفسه لانه ملك جميع المبيع فلا تكون الزيادة مبيعا وتمنا لانعدام حقيقة
 المبيع والتمن فيجعل منه هبة مبتدأة ولان كل المبيع لما صار مقابلا بكل الثمن وكل الثمن مقابلا بكل المبيع فالزيادة
 لو حثت مبيعا وتمنا خلعت عما يقابله فكانت فضل مال خال عن العوض في عقد المعاوضة وهذا تفسير الرابا (ولنا)

في الزيادة في المهر قوله تعالى فاتوهن أجورهن فريضة ولا جناح عليكم فيما تراضيتهن به من بعد الفريضة أي من بعد تلك الفريضة لأن النكحة إذا أعيدت معرفة يراد بالثاني غير الأول أمر الله سبحانه وتعالى بابتداء المهور المسماة في النكاح وأزال الجناح في الزيادة على المسمى لأن ما يتراضاه الزوجان بعد التسمية هو الزيادة في المهر فيدل على جواز الزيادة وروى عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال للوازن زن وأرجح فانامعاشر الانبياء هكذا زن وهذا زيادة في الثمن وقد ندب عليه الصلاة والسلام إليها بالقول والفعل وأقل أحوال المندوب إليه الجواز وروى عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال المسامون عند شر وطهم فظاهره يقتضي لزوم الوفاء بكل شرط إلا ما خص بدليل لأنه يقتضي أن يكون كل مسلم عند شرطه وانما يكون كذلك إذا زاد الوفاء به وانما يلزمه إذا صححت الزيادة مبيعا وثمنا فاما إذا كانت هبة مبتدأة فلا يلزمه الوفاء لأن العاقدين أوقعوا الزيادة مبيعا وثمنا كالموتبايعا ابتداء وهذا لأن الأصل أن تصرف الانسان يقع على الوجه الذي أوقعه إذا كان أهلا للتصرف والمحل قابلا وله ولاية عليه وقد وجد وقوله ما ان الثمن اسم مال بقابل ملك البائع والمبيع اسم مال يقابل ملك المشتري قلنا هذا ممنوع بل الثمن اسم لما أزال المشتري ملكه ويده عنه بمقابل ملكه أزال البائع ملكه ويده عنه فيملك كل واحد منهما المال الذي كان ملك صاحبه بعد زوال ملكه عنه شرعا على ما عرف ثم نقول ما ذكرناه أحد المبيع والثمن بطريق الحقيقة والزيادة في المبيع والثمن مبيع وثمن من حيث الصورة والتسمية ربح بطريق الحقيقة لأن ربح حقيقة ما يملك بعقد المعاوضة لا بمقابلته ما هو مال حقيقة بل من حيث الصورة والتسمية والزيادة ههنا كذلك فكانت ربحا حقيقة فكان من شرطها أن لا تكون مقابلة ملك البائع التسمية وشرط الشيء كيف يمنع بحته على أنه أمكن تحقيق معنى المقابلة والزيادة لأن الموجب الأصلي في البيع هو قيمة المبيع وهو ما ليته لأن البيع معاوضة بطريق المعادلة عرفا وحقيقة والمقابلة عند التساوي في المالية ولهذا وفست التسمية تجب القيمة عندنا واثمن تقدير المالية المبيع باتفاق العاقدين وإذا زاد في المبيع أو الثمن علم أي ما أخطأ في التقدير وغلط فيه وما هو الموجب الأصلي قد ثبت بالبيع فاذا بينا التبرير كان ذلك بيانا للموجب الأصلي لأنه ابتداء إيجاب فكان عوضا عن ملك العين لأن ملك نفسه وهذا الكلام في المهر أغلب لأن الموجب الأصلي فيه هو مهر المثل على ما عرفت على أنه ان كان لا يمكن تحقيق معنى المقابلة مع بقاء العقد على حاله يمكن تجقيقه مع تغيير العقد من حيث الوصف بأن يجعل ألف بعد الزيادة بمقابل نصف العبد ليخلو النصف عن الثمن فتجعل ألف الزيادة بمقابل النصف الخالي وهذا وان كان تغييرا ولكنهما قصدتا تصحيح التصرف ولا حجة إلا بالتغيير ولهما ولاية التغيير ألا ترى أن لهما ولاية الفسخ وأنه فوق التغيير لأن الفسخ رفع الأصل والوصف والتغيير تبدل الوصف مع بقاء أصل العقد فلما ثبت لهما ولاية الفسخ فولاية التغيير أولى ولهما حاجة إلى التغيير لدفع الثمن أو لتقصود آخر فتى اتفاقا على الزيادة وقصدوا الصحة ولا حجة إلا بهذا الشرط ثبت هذا الشرط مقتضى تصرفهما تصحيح حاله كما في قول الرجل لغيره أعتق عبدك عني بألف درهم وأما شرائط الجواز فمنها القبول من الآخر حتى لو زاد أحدهما ولم يقبل الآخر لم تصح الزيادة (ومنها) المجلس حتى لو افتراق قبل القبول بطلت الزيادة لأن الزيادة في المبيع والثمن إيجاب البيع فيهما فلا بد من القبول في المجلس كما في أصل الثمن والمبيع وأما الخط فلا يشترط له المجلس ولا القبول لأنه تصرف في الثمن بالاسقاط والبراءة عن بعضه فيصبح من غير قبول إلا أنه يرتد بالرد كالأبراء عن الثمن كله وأما كون الزيادة والمز يد عليه من غير أموال الرافه هو شرط لصحة الزيادة ثمنا ومبيعا وكذا كون الخط من غير أموال الرافه هل هو شرط لصحته خطأ وهل يؤثران في فساد العقد على قول أبي حنيفة لبس بشرط يؤثران فيه وعلى قول أبي يوسف شرط فيبطلان ولا يؤثران في العقد وعلى قول محمد شرط في الزيادة لا في الخط على ما ذكر ولا يشترط قبض المبيع والثمن لصحة الزيادة فتصح الزيادة سواء كانت قبل قبض المبيع والثمن أو بعده وكذلك الخط لا دليل جواز الزيادة والخط لا يوجب الفصل وأما قيام المبيع وقت الزيادة فهل هو شرط لصحة الزيادة ذكر في الجامع الكبير أنه

معنی

ثمن أحدهما أكثر ولا يلتفت الى زيادة قدر الثمن لان الحط غير مقابل بالثمن حتى تعتبر قيمة القدر والله عز وجل أعلم (وأما) كيفية الجواز فان زيادة في المبيع والتمن عندنا لتتحقق باصل العقد كان العقد من الابتداء ورد على الاصل والزيادة جميعاً اذا لم يتضمن الالتحاق فساد أصل العقد بخلاف بين أصحابنا وكذلك الحط فاما اذا تضمن ذلك بأن كانت الزيادة في الاموال الربوية فهل يلتحق به ويفسده أم لا يلتحق به وكذلك الحط يختلف أصحابنا في ذلك قال أبو حنيفة رضي الله عنه الزيادة والحط يلتحقان باصل العقد ويفسده وقال أبو يوسف يبطلانه ولا يلتحقان باصل وأصل العقد صحيح على حاله وقال محمد الزيادة باطلة والعقد على حاله والحط جائز به مبتدأة وهذا بناء على أصل ذكرناه فيما تقدم ان الشرط الفاسد المتأخر عن العقد الصحيح اذا ألحق به هل يلتحق به ويؤثر في فساد له أم لا وهو على الاختلاف الذي ذكرناه ان الزيادة بمنزلة شرط فاسد متأخر عن العقد الصحيح ألحق به فابو يوسف يقول لا تصح الزيادة والحط في أموال الربا لان ذلك لو صح لا يلتحق باصل العقد ولو التحق باصل العقد لا وجب فساد أصل العقد لتحقق الربا فلم يصح بقي أصل العقد صحيحاً كما كان ومحمد يقول لا تصح الزيادة لما قاله أبو يوسف فلم تؤثر في أصل العقد فبقى على حاله ويصح الحط لان الالتحاق من لوازم الزيادة فاما ما ليس من لوازم الزيادة فلا يصح الحط على ما ذكرناه فيما تقدم وأبو حنيفة يقول الزيادة والحط صحيحان زيادة وحط لان العاقدين أو قهما زيادة وحط وهما ولا ية ذلك فيقومان زيادة وحط ومن شأن الزيادة والحط الالتحاق بأصل العقد فيلتحقان به فكانت الزيادة والحط ههنا ابطلا للعقد السابق وهما ولا ية الا بطلان الفسخ وكذلك الزيادة والحط والله عز وجل أعلم (وأما) البيع الذي فيه خيار فلا يمكن معرفة حكمه الا بعد معرفة أنواع الخيارات فنقول والله التوفيق الخيارات نوعان نوع ثبت شرط ونوع ثبت شرعاً لا شرط والشرط لا يخلو اما أن يثبت نصاً واما أن يثبت دلالة (اما) الخيار الثالث بالشرط فنوعان أحدهما يسمى خيار التعيين والثاني خيار الشرط (اما) خيار التعيين فالكلام فيه في جواز البيع الذي فيه خيار التعيين قد ذكرناه في موضعه وانما الحاجة ههنا الى بيان حكم هذا البيع والى بيان صفة الحكم والى بيان ما يبطل به الخيار بعد ثبوته ويلزم (اما) الاول فحكمه ثبوت الملك للمشتري في أحد المذكورين غير عين وخيار التعيين اليه عرف ذلك بنص كلامهما حيث قال البائع بعث منك أحد هذين الثوبين أو هذين العبدتين أو الدابتين أو غيرهما من الاشياء المتفاوتة على أن تأخذ أيهما شئت وقبل المشتري وهذا يوجب ثبوت الملك للمشتري في أحدهما وثبوت خيار التعيين له والاخر يكون ملك البائع امانة في يده اذا قبضه لانه قبضه باذن المالك لا على وجه التمليك ولا على وجه الثبوت فكان امانة وليس للمشتري أن يأخذهما جميعاً لان المبيع أحدهما ولو هلك أحدهما قبل القبض لا يبطل البيع لانه يحتمل أن يكون الهالك هو المبيع فيبطل البيع بهلاكه ويحتمل أن يكون غيره فلا يبطل البيع قد صح بية بين وقوع الشك في بطلانه فلا يبطل بالشك ولكن المشتري بالخيار ان شاء أخذ الباقي بثمنه وان شاء ترك لان المبيع قد تغير قبل القبض بالتعيين فيوجب الخيار وكذلك لو كان اشترى أحد الاثواب الثلاثة فهلك واحد منها وبقي اثنان لا يبطل البيع لما قلنا والمشتري أن يأخذ أيهما شاء لان المالك اذا لم يعين المبيع كان المبيع أحد الباقيين فكان له أن يأخذ أيهما شاء وله أن يتركهما كما لو اشترى أحدهما من الابتداء ولو هلك الكل قبل القبض بطل البيع لان المبيع قد هلك بيقين فيبطل البيع والله عز وجل أعلم (وأما) صفة هذا الحكم فهو ان الملك الثابت بهذا البيع قبل الاختيار ملك غير لازم وللمشتري أن يردهما جميعاً لان خيار التعيين يمنع لزوم العقد كخيار العيب وخيار الرؤية فيمنع لزوم الملك فكان محتملاً للفسخ وهذا لان جواز هذا النوع من البيع انما يثبت بتعامل الناس لحاجتهم الى ذلك لما بينا فيما تقدم ولا نعدم حاجتهم الا بعد اللزوم لانه عسى لا يوافقهما كلاهما جميعاً فيحتاج الى ردهما (وأما) بيان ما يبطل به الخيار ويلزم البيع فنقول والله التوفيق ما يبطل به الخيار ويلزم البيع في الاصل نوعان اختياري وضروري والاختياري نوعان أحدهما صريح الاختيار وما يجرى مجرى الصريح والثاني الاختيار من طريق الدلالة (اما) الصريح فهو ان يقول

اخترت هذا الثوب أو شئته أو رضيت به أو اخترته وما جرى هذا المجرى لأنه لما اختار أحدهما فقد عين ملكه فيه فيسقط خيار التعين ولزم البيع (وأما) الاختيار من طريق الدلالة فهو أن يوجد منه فعل في أحدهما يدل على تعيين الملك فيه وهو كل تصرف هو دليل اختيار الملك في الشراء بشرط الخيار وسند كذا في البيع بشرط الخيار إن شاء الله تعالى ولو تصرف البائع في أحدهما فتصرفه موقوف إن تعين ما تصرف فيه للبيع لم ينفذ تصرفه لأنه تبين أنه تصرف في ملك غيره وإن تعين ما تصرف فيه للأمانة نفذ تصرفه لأنه ظهر أنه تصرف في ملك نفسه فينفذ (وأما) الضرورى فنحو أن يهلك أحدهما بعد القبض فيبطل الخيار لأن الهالك منهما تعين للبيع ولزمه ثمنه وتعين الآخر للأمانة لأن أحدهما مبيع والآخر أمانة والأمانة منهما مستحق الرد على البائع وقد خرج الهالك عن احتمال الرد فيه فتعين الباقي للرد فتعين الهالك للبيع ضرورة ولو هلكا جميعا قبل القبض فلا يخلو إما أن يهلكا على التعاقب وإما أن يهلكا معا فان هلكا على التعاقب فالأول يهلك مبيعا والآخر أمانة لما ذكرنا وإن هلكا معا لزمه ثمن نصف كل واحد منهما لأنه ليس أحدهما بالتعين أولى من الآخر فشاع البيع فيهما جميعا ولو هلكا على التعاقب لكنهما اختلفا في ترتيب الهلاك فان كان ثمنهما متساويا فلا فائدة في هذا الاختلاف لأن أيهما هلك أولا فثمن الآخر مثله فلا يفيد الاختلاف وإن كان متفاوتا بان كان ثمن أحدهما أكثر فادعى البائع هلاك أكثرهما ثمنا وادعى المشتري هلاك أقلهما ثمنا كان أبو يوسف أولا يقول يتحالفان وأيها نكل لزمه دعوى صاحبه وإن حلفا جميعا يجمل كأنهما هلكا معا ويلزمه ثمن نصف كل واحد منهما ثم رجع وقال القول قول المشتري مع يمينه وهو قول محمد لأنهما اتفقا على أصل الدين واختلفا في قدره والأصل أن الاختلاف متى وقع بين صاحب الدين وبين المدينين في قدر الدين أو في جنسه أو نوعه أو وصفته كان القول قول المدينين مع يمينه لأن صاحب الدين يدعى عليه زيادة وهو ينكر فكان القول قوله مع يمينه لأنه صاحب الدين وأيها أقام البينة قبلت بيته وسقطت اليمين وإن أقام البينة فالبينة بينة البائع لأنها تظهر زيادة ولو تعيب أحدهما فان كان قبل القبض لا يتعين الميعب للبيع لأن التعيين لم يوجد لا نصا ولا دلا ولا ضرورة إلى التعيين أيضا لا مكان الرد والمشتري على خياره وإن شاء أخذ الميعب منهما وإن شاء أخذ الآخر وإن شاء تركهما كما لو لم يتعيب أصلا فان أخذ الميعب منهما أخذه بجميع ثمنه لأنه تبين أنه هو المبيع من الأصل وكذلك لو تعيبا جميعا فالمشتري على خياره لما قلنا وإن كان بعد القبض تعين الميعب للبيع ولزمه ثمنه وتعين الآخر للأمانة كما إذا هلك أحدهما بعد القبض لأن تعيب المبيع هلاك بعضه فلهذا منع الرد ولزم البيع في المبيع المعين فكذا في غير المعين يمنع الرد وتعين المبيع ولو تعيبا جميعا فان كان على التعاقب تعين الأول للبيع ولزمه ثمنه ويرد الآخر لما قلنا ولا يغرر بمحدث العيب شيئا قلنا أنه أمانة وإن تعيبا معا لا يتعين أحدهما للبيع لأنه ليس أحدهما بالتعين أولى من الآخر وللمشتري أن يأخذ أيهما يشاء بثمنه لأنه إذا لم يتعين أحدهما للبيع بقي المشتري على خياره إلا أنه ليس له أن يردهما جميعا لأن البيع قد لزم في أحدهما بتعيينهما في المشتري وبطل خيار الشرط وهذا يؤيد قول من يقول من المشايخ أن هذا البيع فيه خياران خيار التعيين وخيار الشرط ولا بدله من رتبة معلومة إذ لو لم يكن ملك ردهما جميعا كما لو لم يتعيب أحدهما أصلا لكنه لم يملك لأن ردهما جميعا قبل التعيب ثبت حكما لخيار الشرط وقد بطل خيار الشرط بعد تعيينهما معا فلم يملك ردهما وبقي خيار التعيين فيملك رد أحدهما ولو أزداد عيب أحدهما أو حدث معه غيره لزمه ذلك لأن عدم التعيين للمزاحمة وقد بطلت بزيادة عيب أحدهما أو حدوث عيب آخر معه ولا يبطل هذا الخيار بموت المشتري بل يورث بخلاف خيار الشرط لأن خيار التعيين انحأ ثبت للمورث لثبوت الملك له في أحدهما غير عين وقد قام الوارث مقامه في ذلك الملك فله أن يختار أيهما شاء دون الآخر إلا أنه ليس له أن يردهما جميعا وقد كان للمورث ذلك وهذا يؤيد قول أولئك المشايخ أنه لا بد من خيارين في هذا البيع وقد بطل أحدهما وهو خيار الشرط بالموت لأنه لا يورث على أصل أصحنا فبطل الحكم المختص به وهو ولاية ردهما جميعا هذا إذا اشترى أحدهما شراء صحيحاً

(فاما) اذا اشترى أحدهما شراء فاسدا بأن قال للبائع بعث منك أحدهذين العبدین بكذا ولم يذكر الخيار أصلا فان المشتري لا يملك واحدا منهما قبل القبض لان البيع الفاسد لا يفيد الملك قبل القبض فان قبضهما ملك أحدهما ملكا فاسدا وأيهما هلك لزمته قيمته لانه تعين للبيع والبيع الفاسد يوجب الملك بالقيمة ولو هلكا فان كان على التعاقب لزمته قيمة الهالك الاول لانه تعين للبيع وانه بيع فاسد فيفيد الملك بالقيمة وان هلكا معا لزمه نصف قيمة كل واحد منهما لانه ليس أحدهما بتعيينه للبيع أولى من الآخر فشاع البيع فيهما ولو تعيب أحدهما فعليه أن يردهما جميعا اما غير المعيب فلانه أمانة وأما المعيب فلانه تعين للبيع والمشتري شراء فاسدا واجب الرد فردهما ويردهما نصف نقصان العيب لان المتعيب يحتمل أن يكون هو المبيع فيجب نقصان العيب ويحتمل أن يكون هو الأمانة فلا يجب شيء ولا دلالة على التعيين فيتنصف الواجب ولو تعيب الآخر بعد ذلك وكذا الجواب في نقصان الآخر لان أحدهما أمانة والآخر مضمون بالقيمة ولو تعيبا معا فكذلك يردهما مع نصف نقصان كل واحد منهما لان أحدهما ليس بأولى من الآخر في التعيين للبيع ولو تصرف المشتري في أحدهما يجوز تصرفه فيه ولزمته قيمته ولا يجوز تصرفه في الآخر بعد ذلك لان المتصرف فيه تعين للبيع ولو تصرف البائع في أحدهما فتصرفه موقوف ان رد ذلك عليه فقد تصرف فيه لانه تبين انه تصرف في ملك نفسه وان لم يرد عليه وتصرف فيه المشتري فقد تصرف فيه ولزمته قيمته وبطل تصرف البائع فيه وكذلك اذا هلك في يد المشتري والا صل ان في كل موضع يلزم المشتري الثمن في البيع الصحيح تلزمه القيمة في البيع الفاسد والله عز وجل أعلم هذا اذا كان الخيار للمشتري أما اذا كان الخيار للبائع فلا يزول أحدهما عن ملكه بنفس البيع وله أن يلزم المشتري أى ثوب شاء قبضه للخيار وليس للمشتري خيار الترتك لان البيع بات في جانبه وللبائع أن يفسخ البيع لانه غير لازم وليس للبائع أن يلزمه المشتري لان المبيع أحدهما ولو هلك أحدهما قبل القبض لا يبطل البيع ويهلك أمانة لما ذكرنا في خيار المشتري وخيار البائع على حاله ان شاء ألزم المشتري الباقي منهما لانه تعين للبيع وان شاء فسخ البيع فيه لانه غير لازم وليس له أن يلزمه الهالك لانه هلك أمانة وان هلكا جميعا قبل القبض بطل البيع بهلاك المبيع قبل القبض بيقين وان هلك أحدهما بعد القبض كان الهالك أمانة أيضا كما لو هلك قبل القبض والزمه الباقي مهما ان شاء وان شاء فسخ البيع فيه لان خيار البائع يمنع زوال السلعة عن ملكه فيهلك على ملك البائع وله الخيار لقلنا وان هلكا جميعا فان كان هلا كما على التعاقب فالاول يهلك أمانة وعليه قيمة آخرهما هلا لانه تعين للبيع وانه مبيع هلك في يد المشتري وفيه خيار للبائع فتجب قيمته وان هلكا معا لزمه نصف قيمة كل واحد منهما لانه ليس أحدهما بتعيين أولى من الآخر ولو تعيب أحدهما أو تعيبا معا قبل القبض أو بعده فخير البائع على حاله لان المعيب لم يتعين للعيب لانعدام المعين فكان البائع على خياره له أن يلزم المشتري أيهما شاء كما قبل التعيب ثم اذا لزمه أحدهما ينظر ان كان ذلك غير المتعيب منهما لزمه ما لزمه ولا خيار للمشتري في تركه لانعدام التعيين فيه وان كان ما لزمه هو المتعيب فان تعيب قبل القبض فالمشتري بالخيار لان المبيع قد تغير قبل القبض وتغير المبيع قبل القبض يوجب الخيار للمشتري وان تعيب بعد القبض فلا خيار له لان التعيين بعد القبض لا يثبت الخيار وان شاء البائع فسخ البيع واستردهما لان البيع غير لازم فله ولاية الفسخ ثم ينظر ان كان تعيبهما في يد البائع فلا شيء له لانهما تعيبا لا في ضمان المشتري وان كان تعيبهما في يد المشتري فللبائع أن يأخذ من المشتري نصف نقصان كل واحد منهما لان أحدهما مضمون عنده بالقيمة والآخر عنده أمانة ولا يعلم أحدهما من الآخر ولا يجوز للمشتري أن يتصرف فيهما أو في أحدهما لان أحدهما ليس بمبيع بيقين والآخر مبيع لكن لباثمه فيه خيار وخيار البائع يمنع زوال المبيع عن ملكه ولو تصرف البائع في أحدهما جاز تصرفه فيه ويتعين الآخر للبيع وله الخيار الا لزام فيه والفسخ ولو تصرف فيهما جميعا جاز تصرفه فيهما ويكون فسخا للبيع لان تصرفه فيهما دليل اقرار الملك فيهما فيضمن فسخ البيع كما في المبيع المعين والله عز وجل أعلم (واما) خيار الشرط فالكلام في جواز البيع بشرط الخيار

وشرائه قد مر في موضعه وانما الحاجة ههنا الى بيان صفة هذا البيع والى بيان حكمه والى بيان ما يستقطبه الخيار ويلزم
 البيع والى بيان ما ينسخ به البيع (اما) صفته فهي انه بيع غير لازم لان الخيار يمنع لزوم الصفقة قال سيدنا عمر
 رضي الله عنه البيع صفقة أو خيار ولان الخيار هو التخيير بين البيع والاجازة وهذا يمنع اللزوم كخيار العيب وخيار
 الرؤية ثم الخيار كما يمنع لزوم الصفقة فعدم القبض يمنع تمام الصفقة لان الثابت بنفس البيع ملك غير متأكد وانما
 التأكد بالقبض وعلى هذا يخرج ما اذا كان المبيع شيئاً واحداً أو أشياء انه ليس لمن له الخيار أن يحجز البيع في البعض
 دون البعض من غير رضا الآخر سواء كان الخيار للبائع أو للمشتري وسواء كان البيع مقبوضاً أو غير مقبوض لان
 الاجازة في البعض دون البعض تقرق الصفقة في اللزوم وكلا لا يجوز تقرق أصل الصفقة وهو الايجاب والقبول
 الا برضا العاقدين بان يقبل البيع في بعض المبيع دون البعض بعد اضافة الايجاب والقبول الى الجملة ويوجب البيع بعد
 اضافة القبول الى جملة لا يجوز في وصفها وهوان يلزم البيع في البعض دون البعض الا برضاها ولو هلك أحد
 العبدن في يد البائع والخيار له لم يكن له أن يحجز البيع في الباقي الا برضا المشتري لان البيع انفسخ في قدر الهالك فلا حاجة
 في الباقي تكون تقرق الصفقة على المشتري فلا يجوز من غير رضاه ولو هلك أحدهما في يد المشتري فللبائع أن يحجز
 البيع في الباقي في قياس قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله ينتقض البيع وليس له أن يحجز
 البيع في الباقي وان كان المبيع ماله مثل من المسكيل والموزون والعددي المتقارب فهلك بعضه فللبائع أن يحجز البيع في
 الباقي بلا خلاف (وجه) قول محمد ان الاجازة ههنا بمنزلة انشاء التمليك لان خيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه
 فكان للاجازة حكم الانشاء والهالك منهما خرج عن احتمال الانشاء والانشاء في الباقي تمليك بحصته من الثمن وهي
 مجهولة فيما لا مثل له فلم يحتمل الانشاء وفيه الهلاك ما نعلم فاحتمل الانشاء (وجه) قوله ان هذه الاجازة تظهر ان العقد
 من حين وجوده انعقد في حق الحكم فلم يكن الهلاك مانعاً من الاجازة وقوله الاجازة ههنا انشاء قلنا ممنوع فان العقد
 ينقضي في حق الحكم بدون الاجازة من انقضاء المدة وبموت من له الخيار ولو كانت الاجازة انشاء لتوقف حكم العقد
 على وجودها وهذا بخلاف بيع الفضولي اذا هلك المبيع قبل الاجازة ثم اجازها المالك لم يحجز وههنا جاز فهلاك المبيع
 في بيع الفضولي يمنع من الاجازة وههنا لا يمنع (وجه) الفرق ان بيع الفضولي يثبت بطريق الاستناد والمستند ظاهر
 من وجه مقتصر من وجه فكانت الاجازة اظهارة من وجه انشاء من وجه فن حيث انها اظهارة كان لا يقف صحته
 على قيام المحل ومن حيث انها انشاء يقف عليه (فاما) في البيع بشرط الخيار فالحكم يثبت عند الاجازة بطريق الظهور
 المحض فكانت الاجازة اظهارة ان العقد من وقت وجوده انعقد في حق الحكم والمحل كان قابلاً وقت العقد فهلاك
 بعد ذلك لا يمنع من الاجازة والله عز وجل أعلم وعلى هذا يخرج قول أبي حنيفة في رجلين اشترى شيئاً على انهما بالخيار
 فيه ثلاثة أيام فاختر ان يلزم البيع حتى لا يملك الاخر الفسخ احترازاً عن تقرق الصفقة في اللزوم وسند كرم المسئلة
 في خيار العيب ان شاء الله تعالى (واما) حكم هذا البيع فقد اختلف العلماء فيه قال أنجبنا لا حكم له للمحال والخيار يمنع
 انعقاد العقد في الحكم للمحال لمن له الخيار بل هو للمحال موقوف على معنى انه لا يعرف حكمه للمحال وانما يعرف عند سقوط
 الخيار لانه لا يدري انه يتصل به الفسخ أو الاجازة فيتوقف في الجواب للمحال وهذا تفسير التوقف عندنا وقال الشافعي
 رحمه الله في قول مثل قولنا وفي قول هو منعقد مفيد للتملك لكن ملكاً مسلطاً على فسخه بالخيار (وجه) قوله ان البيع
 بشرط الخيار لا يفارق البيع البات الا في الخيار والخيار لا يمنع ثبوت الملك كخيار العيب بالاجماع وخيار الرؤية على
 أصلكم (ولنا) ان جواز هذا البيع مع انه معدول به عن القياس للحاجة الى دفع الغبن ولا اندفاع لهذه الحاجة الا بامتناع
 ثبوت الملك للمحال لان من الجائز أن يكون المشتري قريب المشتري فلو ملكه للمحال لعتق عليه للمحال فلا تندفع حاجته ثم
 الخيار لا يخلو اما ان كان للبائع والمشتري جميعاً واما ان كان للبائع وحده واما ان كان للمشتري وحده واما ان كان لغيرهما
 بان شرط أحدهما الخيار لثالث فان كان الخيار لهما فلا ينمقد العقد في حق الحكم في البدلين جميعاً فلا يلزم للمبيع عن

ملك البائع ولا يدخل في ملك المشتري وكذا لا يزول الثمن عن ملك المشتري ولا يدخل في ملك البائع لان المنع من
الانقضاء في حق الحكم موجود في الجانبين جميعا وهو الخيار وان كان البائع وحده فلا ينقضي في حق الحكم في حقه حتى
لا يزول المبيع عن ملكه ولا يجوز للمشتري أن يتصرف فيه ويخرج الثمن عن ملك المشتري لان البيع بات في حقه
وهل يدخل في ملك البائع عند أبي حنيفة لا يدخل وعند أبي يوسف ومحمد يدخل وان كان للمشتري وحده لا ينقضي
في حق الحكم في حقه حتى لا يزول الثمن عن ملكه ولا يجوز للبائع أن يتصرف فيه اذا كان عينا ولا يستحقه على
المشتري اذا كان دينيا ويخرج المبيع عن ملك البائع حتى لا يجوز له التصرف فيه لان البيع بات في حقه وهل يدخل في
ملك المشتري عند أبي حنيفة لا يدخل وعندهما يدخل وجه قولهما ان ثبوت الحكم عند وجود المستدعي هو الاصل
والامتناع بعارض والمنع ههنا هو الخيار وانه وجد في أحد الجانبين لا غير فيعمل في المنع فيه لا في الجانب الآخر ألا
تري كيف خرج المبيع عن ملك البائع اذا كان الخيار للمشتري والثمن عن ملك المشتري اذا كان الخيار للبائع فدل
ان البيع بات في حق من لا خيار له فيعطل في ثبات هذا الحكم الذي وضع له (وجه) قول أبي حنيفة رحمه الله ان الخيار
اذا كان للبائع فالمبيع لم يخرج عن ملكه واذا كان للمشتري فالثمن لم يخرج عن ملكه وهذا يمنع دخول الثمن في ملك
البائع في الاول ودخول المبيع في ملك المشتري في الثاني لوجهين أحدهما انه جمع بين البذل والمبدل في عند المبادلة
وهذا لا يجوز والثاني ان في هذا ترك التسوية بين العاقلين في حكم المعاوضة وهذا لا يجوز لانهما لا يرضيان بالتفاوت
وقولهما البيع بات في حق من لا خيار له قلنا هذا يوجب البتات في حق الزوال لا في حق الثبوت لان الخيار من أحد
الجانبين له أثر في المنع من الزوال وامتناع الزوال من أحد الجانبين يمنع الثبوت من الجانب الآخر ان كان لا يمنع
الزوال لما ذكرنا من الوجهين ويتفرع على هذا الاصل بين أبي حنيفة وصاحبيه مسائل (منها) اذا اشترى ذارحم
محرم منه على انه بالخيار ثلاثة أيام لا يعتق عليه عند أبي حنيفة رحمه الله لانه لم يدخل في ملكه عنده ولا عتق بدون الملك
وهو على خياره ان شاء ففسخ البيع وان شاء أجازة فان فسخ لا يعتق لان العبد عاد الى ملك البائع وان أجازة عتق لانه
سقط الخيار ولزم العقد فيلزمه الثمن وعندهما يعتق عليه بنفس الشراء ويلزمه الثمن ويبطل خياره لانه دخل في ملكه
ولو قال لعبد الغير ان اشتريتك فأنت حر فاشتراه على انه بالخيار ثلاثة أيام عتق عليه بالاجماع (اما) عندهما فظاهر لانه
ملكه بنفس الشراء فوجد شرط الحنث فعتق (واما) عند أبي حنيفة فلان المعلق بالشرط كالمعجز عند وجود الشرط
ولو نجح عتقه بعد شرائه بشرط الخيار عتق وسقط خياره لكون الاعاق اجازة واختيار للملك على ما ذكرنا هذا
والله عز وجل أعلم (ومنها) اذا اشترى جارية قد ولدت منه بالنكاح على انه بالخيار ثلاثة أيام لا تصير أم ولده عند أبي
حنيفة لانها لم تدخل في ملكه وهو على خياره ان شاء ففسخ البيع وعادت الى ملك البائع وان شاء أجازة وصارت أم
ولده ولزمه الثمن وعندهما صارت أم ولده بنفس الشراء لانها دخلت في ملكه فبطل خياره ولزمه الثمن (ومنها)
اذا اشترى زوجه بشرط الخيار ثلاثة أيام لا يفسد النكاح عند أبي حنيفة لانها لم تدخل في ملكه عنده وعندهما
فسد لدخولها في ملكه وملك أحد الزوجين رقبة صاحبه أو شقصا منها يرفع النكاح فان وطئها في مدة الخيار فان
كانت بكرًا كان اجازة بالاجماع (اما) عند أبي حنيفة فلاجل النقصان بآلة البكارة وهي العذرة لا لاجل الوطء لان
ملك النكاح قائم فكان حل الوطء قائما فلا حاجة الى ملك اليمين (واما) عندهما فلاجل النقصان والوطء جميعا فان
كانت ثيبا لا يبطل خياره عند أبي حنيفة لان بطلان الخيار لضرورة حل الوطء ولا ضرورة لان ملك النكاح قائم
فكان حل الوطء ثابتا فلا ضرورة الى ملك اليمين بحل الوطء فلم يبطل الخيار وعندهما يبطل خياره لضرورة حل
الوطء بملك اليمين لا ارتفاع النكاح بنفس الشراء بخلاف ما اذا لم تكن الجارية زوجه له ووطئها انه يكون اجازة سواء
كانت بكرًا أو ثيبا لان حل الوطء هناك لا يثبت الا بملك اليمين لانعدام النكاح فكان اقدامه على الوطء اختيارا
للملك فيبطل الخيار (ومنها) اذا اشترى جارية على انه بالخيار ثلاثة أيام وقبضها فحاضت عنده في مدة الخيار حيضة

كاملة أو بعض حصة في مدة الخيار فاختار البيع لا تجزى تلك الحصة في الاستبراء عند أبي حنيفة وعليه أن يستبرئها بحصة أخرى لأنها لم تدخل في ملكه عنده ولم يوجد سبب وجوب الاستبراء وعندهما يحتسب بها لأنها دخلت في ملكه فكانت الحصة بعد وجود سبب وجوب الاستبراء فكانت محسوبة منه ولو اختار فسخ البيع ورد الجارية فلا استبراء على البائع عند أبي حنيفة سواء كان الرد قبل القبض أو بعده وعندهما قبل القبض القياس أن يجب في الاستحسان لا يجب وبعد القبض يجب قياساً واستحساناً على ما ذكرنا في مسائل الاستبراء وإن كان الخيار للبائع ففسخ العقد لا يجب عليه الاستبراء لأنها لم تخرج عن ملكه وإن أجاز له فعل المشتري أن يستبرئها بعد الإجازة والقبض بحصة أخرى بالاجماع لأنه ملكها بعد الإجازة وبعد القبض ملكها مطلقاً (ومنها) إذا اشترى شيئاً بعينه على أنه بالخيار ثلاثة أيام فقبضه باذن البائع ثم أودعه البائع في مدة الخيار فهلك في مدة الخيار أو بعد هلاكه على البائع وبطل البيع عند أبي حنيفة لأنه لم يدخل في ملك المشتري ولم يدخل رده على البائع ففقد رفع قبضه فهلك المبيع قبض القبض وعندهما هلك على المشتري ويلزمه الثمن لأنه دخل في ملكه أعنى المشتري فقد أودع ملك نفسه ويد المودع به فهلاكه في يده كهلاكه في يده نفسه ولو كان الخيار للبائع فسلمه إلى المشتري ثم ان المشتري أودعه البائع في مدة الخيار فهلك في يد البائع قبل جواز البيع أو بعده بطل البيع بالاجماع ولو كان البيع بائناً فقبضه المشتري باذن البائع أو بغير إذنه والثمن منقود ومؤجل وله خيار رؤية أو عيب فإودعه البائع فهلك عند البائع هلك على المشتري ويلزمه الثمن بالاجماع لأن خيار الرؤية والعيب لا يمنع انعقاد العقد في حق الحكم فكان مودعاً ملك نفسه والله عز وجل أعلم (ومنها) إذا اشترى ذمي من ذمي سحراً أو خبزاً على أنه بالخيار ثلاثة أيام وقبضه ثم أسلم المشتري بطل العقد عند أبي حنيفة لأنه لم يدخل في ملك المشتري والمسلم ممنوع عن تملك الخمر بالبيع وعندهما يلزم العقد ولا يبطل لأنه دخل في ملك المشتري والاسلام يمنع من إخراج ملكه ولو أسلم البائع لا يبطل البيع بالاجماع لأن البيع بات في جانبه والاسلام في البيع بات لا يوجب بطلانه إذا كان بعد القبض والمشتري على خياره فإن أجاز البيع جاز ويلزمه الثمن وإن فسخته انفسخ وصار الخمر للبائع حكماً والمسلم من أهل أن يملك الخمر حكماً ألا ترى أنه يملكها بالميراث ولو كان الخيار للبائع فأسلم البائع بطل الخيار لأن خيار البائع يمنع خروج السلعة عن ملكه والاسلام يمنع إخراج الخمر عن ملكه بالعقد وبطل العقد ولو أسلم المشتري لا يبطل البيع لأن البيع بات في جانبه والبائع على خياره فإن فسخته انفسخ عادت الخمر إليه وإن أجازها صار الخمر للمشتري حكماً والمسلم من أهل أن يملكها حكماً كما في الإرث ولو كان البيع بائناً فأسلم أحدهما لا يبطل البيع لأن الاسلام متى ورد والحرام مقبوض يلاقيه بالقول لأنه لم يثبت بعد الاسلام ملك مبتدئ لثبوتها بالعقد والقبض على الكمال وإنما يوجد بعد الاسلام دوام الملك والاسلام لا ينافيه فإن المسلم إذا خمر عصيره فلا يؤمر بإبطال حقه فيها هذا كله إذا أسلم أو أسلم أحدهما بعد القبض فاما إذا كان قبل القبض بطل البيع كيف ما كان سواء كان البيع بائناً أو بشرط الخيار لهما أو لا أحدهما لأن الاسلام متى ورد والحرام غير مقبوض يمنع من قبضه بحكم العقد لما في القبض من معنى إنشاء العقد من وجه فيلحق به في باب الحرمات احتياطاً على ما ذكرنا فيما تقدم وقد تظهر فوائد هذا الأصل في فرع آخر يطول ذكرها وإن كان المبيع داراً فإن كان الخيار للبائع لا يثبت للشفيع فيها حق الشفعة لأن المبيع لم يخرج عن ملك البائع وإن كان للمشتري يثبت للشفيع حق الشفعة بالاجماع (أما) على أصلهما فظاهر لأن المبيع في ملك المشتري (وأما) على أصل أبي حنيفة فالمبيع وإن لم يدخل في ملك المشتري لكنه قد زال عن ملك البائع بالاجماع وحق الشفعة يعتمد زال ملك البائع لا يثبت ملك المشتري والله عز وجل أعلم ولو تباعا بعداً بمجارة والخيار للبائع فاعتق البائع العبد فاعتقه وانفسخ البيع لأن خيار البائع يمنع زال العبد عن ملكه فقد اعتق ملك نفسه فنقد وإن اعتق الجارية فنقد أيضاً ولزم البيع (أما) على أصلهما فظاهر لأنه ملكها فاعتق ملك نفسه (وأما) على أصل أبي حنيفة وإن لم يملكها بالعقد لكن الإقدام على الاعتاق دليل عقد الملك إذ لا وجود للعقد إلا بالملك ولا

ملك الاستقوط الخيار فتضمن اقدمه على الاعتاق اسقاط الخيار ولو أعتقهما معا نفذ اعتاقهما جميعا وبطل البيع
وعليه قيمة الجارية وعندهما نفذ اعتاقهما ولا شيء عليه أما نفوذ اعتاقهما (أما) العبد فلا شك فيه لأنه لم يخرج عن ملك
البائع بلا خلاف (وأما) الجارية فكذلك على أصلهما لأنها دخلت في ملكه وعند أبي حنيفة وإن لم تدخل في
ملكه بنفس العقد فقد دخلت بمقتضى الاقدام على اعتاقهما على ما بينا فاعتاقهما صاذا فحلا مملوكا للمعتق فنفذ
(وأما) لزوم قيمة الجارية عند أبي حنيفة فلان العبد بدل الجارية وقد هلك قبل التسليم بالاقتاق وهلاك المبيع قبل
التسليم بوجوب بطلان البيع وإذا بطل البيع وجب رد الجارية وقد عجز عن ردها بسبب العتق فيخرج قيمتها ولو اعتق
المشتري العبد أو الجارية لم ينفذ اعتاقه (أما) العبد فلا بد من دخوله في ملكه (وأما) الجارية فلا يخرج عن
ملكه والله عز وجل أعلم (وأما) بيان ما يسقط به الخيار ويلزم البيع فنقول وبالله التوفيق أما خيار البائع فما
يسقط به خياره ويلزم البيع نوعان في الاصل أحدهما اختياري والآخر ضروري أما الاختياري فلا جازة لأن
الاصل هو لزوم البيع والامتناع بعارض الخيار وقد بطل بالاجازة فيلزم البيع والاجازة نوعان صريح وما هو في
معنى الصريح ودلالة (أما) الاول فنحو أن يقول البائع أجزت البيع أو أوجبه أو أسقطت الخيار أو أبطلته وما
يجري هذا الجري سواء علم المشتري الاجازة أو لم يعلم (وأما) الاجازة بطريق الدلالة فهي أن يوجد منه تصرف في الثمن
يدل على الاجازة ويحجب البيع فالأقدام عليه يكون اجازة للبيع دلالة والاصل فيه ما روى ان رسول الله صلى الله
عليه وسلم قال لبريرة حين عتقت ملكك بضعك فاختاري وإن وطئك زواجك فلا خيار لك فقد جعل النبي عليه
الصلاة والسلام تمكينهما من الوطء دليل بطلان الخيار فصارت ذلك أصلا لان الخيار كما يسقط بصريح الاسقاط
يسقط بالاستقاط من طريق الدلالة وعلى هذا يخرج ما إذا كان الثمن عينا فتصرف البائع فيه تصرف المالك بأن باعه
أو سواه أو أعتقه أو دبره أو كاتبه أو أجره أو رهنه ونحو ذلك لان ذلك يكون اجازة للبيع (أما) على أصلهما فلان الثمن
دخل في ملك البائع فكان التصرف فيه دليل تقرر ملكه وأنه دليل اجازة للبيع (وأما) على أصل أبي حنيفة
فالأقدام على التصرف يكون دليل اختيار الملك فيه وذليل الاجازة وكذا لو كان الثمن دينافا فإبراء البائع المشتري من
الثمن أو اشتري به شيئا منه أو وهبه من المشتري فهو اجازة للبيع لما قلنا ويصح شراؤه وهبته لان هبة الدين والشراء
به ممن عليه الدين وأنه جائز وكذا الوسامه البائع بالثمن الذي في ذمته شيئا لأنه قصد تملك ذلك الشيء ولا يمكنه التملك
الاثبتت ملكه في الثمن أو تقرر فيه ولو اشتري بالثمن شيئا من غيره لم يصح الشراء وكان اجازة (أما) عدم صحة
الشراء فلانه شراء الدين من غير من عليه الدين (وأما) كونه اجازة للبيع فلان الشراء به من غيره وإن لم يصح لكنه قصد
التملك وذليل الاجازة كما اذا سواه بل أولى لان الشراء به في الدلالة على قصده التملك فوق المساومة فلما كانت
المساومة اجازة فالشراء أولى بخلاف ما إذا كان البائع قبض الثمن الذي هو دين فاشترى به شيئا أنه لا يكون اجازة
للبيع لان عين المقبوض ليس بمستحق الرد عند الفسخ لان الدراهم والنانير لا يمينان عندنا في الفسخ كما لا يمينان في
العقد فلم يكن المقبوض فيه مستحق الرد فلا يكون التصرف فيه دليل الاجازة بخلاف ما إذا اشترى به قبل القبض لانه
أضاف الشراء الى عين ما هو مستحق بالعقد فكان دليل القصد الى الملك أو تقرر الملك فيه على ما قلنا ولو كان الخيار
للمشتري فإبراء البائع من الثمن قال أبو يوسف رحمه الله لا يصح الإبراء لان خيار المشتري يمنع وجوب الثمن والبراء
اسقاط واسقاط ما ليس بثابت لا يتصور وروى عن محمد رحمه الله أنه إذا أجاز البيع نفذ الإبراء لان الملك يثبت مستندا
الى وقت البيع فتبين ان الثمن كان واجبا فكان إبراءه بعد الوجوب فينفذ والله عز وجل أعلم (وأما) الضروري
فثلاثة أشياء (أحدهما) مضى مدة الخيار لان الخيار مؤقت به والمؤقت الى غاية ينتهي عند وجود الغاية لكن هل
تدخل الغاية في شرط الخيار بان شرط الخيار الى الليل أو الى الغد هل يدخل الليل أو الغد قال أبو حنيفة عليه الرحمة
تدخل وقال أبو يوسف ومحمد لا تدخل (وجه) قولهما ان الغاية لا تدخل تحت ما ضربت له الغاية كما في قوله تعالى عز

شأنه ثم أموا الصيام الى الليل حتى لا يجب الصوم في الليل وكفى التأجيل الى غاية ان الغاية لا تدخل تحت الاجل كذا
هذا ولا يحنيف ان الغايات منقسمة غاية اخراج وغاية اثبات فغاية الاخراج تدخل تحت ما ضربت له الغاية كما في قوله
تعالى فاغسلوا وجوهكم وأيديكم الى المرافق والغاية ههنا في معنى غاية الاخراج ألا ترى أنه لو لم يذكر الوقت أصلاً
لاقتضى ثبوت الخيار في الاوقات كلها حتى لم يصح لانه يكون في معنى شرط خيار مؤبد بخلاف التأجيل الى غاية فانه
لو لا ذكر الغاية لم يثبت الاجل أصلاً فكانت الغاية غاية اثبات فلم تدخل تحت ما ضربت له الغاية والثاني موت البائع
في مدة الخيار عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا يبطل الخيار بموته بل يقوم وارثه مقامه في الفسخ والاجازة والله عز
وجل أعلم ولقب هذه المسئلة ان خيار الشرط هل يورث أم لا عندنا يورث وعنده لا يورث وأجمعوا على ان خيار
القبول لا يورث وكذا خيار الاجازة في بيع الفضولي لا يورث بالاجماع وكذا الاجل لا يورث بالاتفاق وأجمعوا
على ان خيار العيب وخيار التعيين يورث (وأما) خيار الرؤية فلم يذكر في الاصل وذكر في الحيل أنه لا يورث
وكذا روى ابن سبعة عن محمد أنه لا يورث احتج الشافعي رحمه الله بظواهر آيات الموارث حيث أثبت الله عز
وجل الارث في المتزك والمطلقات والخيار متزك فيجوز فيه الارث وبما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال
من ترك مالا أو حقاً فلو رثته والخيار حق تركه فيكون لو رثته ولانه حق ثبت بالبيع فيجوز فيه الارث كالملك
الثابت وهذا لان الارث كما يثبت في الاملاك يثبت في الحقوق الثابتة بالبيع ولهذا يثبت في خيار العيب وخيار
التعيين كذا هذا ولان الخيار لو ثبت للوارث لم يخل من أن يثبت ابتداء أو بطريق الارث لا سبيل الى الاول لان
الشرط لم يوجد من الوارث ابتداء واثبات الخيار له من غير وجود شرط الخيار منه خلاف الحقيقة ولا سبيل الى الثاني
لان الوارث يعتمد الباقي بعدموت المورث وخياره لا يبقى بعدموته لان خياره بخيره بين الفسخ والاجازة ولا يتصور
ذلك منه بعدموته فلا يورث بخلاف خيار العيب والتعيين لان المورث هناك محتمل للارث وهو العين المملوكة
(وأما) الآية والحديث فنقول بموجبهما لكن لم قلتم ان الخيار متزك وهذا لان المتزك عين تبقى والخيار عرض لا
يبقى فلم يكن متزكاً ولا يورث والله عز وجل أعلم (والثالث) اجازة أحد الشريكين عند أبي حنيفة رحمه الله بان
تبايعا على أنهما بالخيار فجاز أحدهما بطل الخيار ولزم البيع عنده حتى لا يملك صاحبه الفسخ وعندهما لا يبطل
وخيار الآخر على حاله وسند كالمسئلة في خيار العيب ولو بلغ الصبي في مدة خيار الشرط للاب أو الوصي لنفسه في
بيع مال الصبي هل يبطل الخيار قال أبو يوسف يبطل ويلزم العقد وقال محمد تنقل الاجازة الى الصبي فلا يملك
الولي الاجازة لكنه يملك الفسخ (وجه) قول محمد ان الولي يتصرف في مال الصغير بطريق النيابة عنه
شراً معجزه عن التصرف بنفسه وقد زال العجز بالبلوغ فتنتقل الاجازة اليه الا أنه يملك الفسخ لانه من باب
دفع الحق فيملكه كالفضولي في البيع انه يملك الفسخ قبل اجازة المالك وان لم يملك الاجازة (وجه) قول أبي
يوسف ان الخيار يثبت للولي وهو ولاية الفسخ والاجازة وقد بطل بالبلوغ فلا يحتمل الانتقال الى الصبي ولهذا لم
ينتقل الى الوارث بموت من له الخيار ولو عجز المكاتب في مدة خيار شرطه لنفسه في البيع بطل الخيار ولزم البيع في
قولهم جميعاً لانه لما عجز ورد الى الرق لم يبق له ولاية الفسخ والاجازة فيسقط الخيار ضرورة كما يسقط بالموت وكذا
العبد المأذون اذا عجز عليه المولى في مدة الخيار بطل خياره عند أبي يوسف واحدى الروايتين عن محمد ما قلنا ولو
اشتري الاب أو الوصي شيئاً بدين في الذمة وشرط الخيار لنفسه ثم بلغ الصبي جاز العقد عليهما والصبي بالخيار ان شاء
أجاز البيع وان شاء فسخ (أما) الجواز عليهما فلا نؤيد لهما قد قطعتم بالبلوغ فلا يملك ان التصرف بالفسخ
والاجازة فيبطل خيارهما وجاز العقد في حقهما (وأما) خيار الصبي فلا نؤيد الجواز والزم لم يثبت في حقه وانما
يثبت في حقهما فكان له خيار الفسخ والاجازة (وأما) خيار المشتري فيسقط بما يسقط خيار البائع وبغيره أيضاً
فيسقط بمضى المدة وموت من له الخيار عندنا واجازة أحد الشريكين عند أبي حنيفة والاجازة صريح وما هو في معنى

الصريح ودلالة وهو أن يتصرف المشتري في المبيع تصرف المالك كالبيع والمساومة والاعتاق والتدبير والكتابة
والاجارة والهبة والرهن سلم أو لم يسلم لأن جواز هذه التصرفات يعتمد الملك فالأقدام عليها يكون دليل قصد التملك
أو تقر الملك على اختلاف الاصلين وذادليل الاجازة وكذا الوطء منه والتقييل بشهوة والمباشرة للشهوة والنظر
الى فرجها الشهوة يكون اجازة منه لأنه تصرف لا يحل الا بملك اليمين وأما المس عن غير شهوة والنظر الى فرجها بغير
شهوة فلا يكون اجازة لأن ذلك مباح في الجملة بدون الملك للطبيب والقابلة وأما الاستخدام فالقياس أن يكون اجازة
بمنزلة المس عن شهوة والنظر الى الفرج عن شهوة وفي الاستحسان لا يكون اجازة لأنه لا يختص بالملك ولا يحتاج
اليه للتجربة والامتحان لينظر انه يوافق أم لا على ان فيه ضرورة لان الاحتراز عن ذلك غير ممكن بأن يسأله ثوبه عند
اوداع الرد فيرده أو يستسرحه دابته ليركبها فيرده فسقط اعتباره لمكان الضرورة ولوقبلت الجارية المشتري بشهوة أو
باشرة فان كان ذلك يتمكين بأن علم ذلك منها وتركها حتى فعلت يسقط خياره وكذا هذا في حق خيار الرؤية اذا
قبلته بعد الرؤية وكذا في خيار العيب اذا وجد بها عيباً ثم قبلته وكذا في الطلاق اذا فعلت ذلك كان رجعة وان
اختلست اختلاسا من غير تمكين المشتري والزوج وهو كاره لذلك فكذلك عند أبي حنيفة وروى عن أبي
يوسف انه لا يكون ذلك رجعة ولا اجازة للبيع وقال محمد لا يكون فعلها اجازة للبيع كيف ما كان وأجمعوا على انها
لو باضعتة وهو نائم بأن أدخلت فرجه فرجها انه يسقط الخيار ويكون رجعة (وجه) قول محمد ان الخيار حق شرط
له ولم يوجد منه ما يبطله نصا ولا دلالته وهو فعل يدل عليه فلا يبطل ولا بى حنيفة رحمه الله ان الاحتياط يوجب
سقوط الخيار اذا لم يسقط ومن الجائز أن يفسخ البيع لتبيين ان المس عن شهوة والتمكين من المس عن شهوة حصل
في غير ملك وكل ذلك حرام فكان سقوط الخيار وثبت الرجعة بطريق الصيانة عن ارتكاب الحرام وانه واجب
ولان المس عن شهوة يفضى الى الوطء والسبب المقضى الى الشيء يقوم مقامه خصوصاً في موضع الاحتياط فأقيم
ذلك مقام الوطء من المشتري ولهذا ثبت حرمة المصاهرة بالمس عن شهوة الجانبين لكونه سبباً مفضياً الى الوطء
فأقيم مقامه كذا هذا ولوقبل المشتري الجارية ثم قال قبلتها غير شهوة فالقول قوله كذا روى عن محمد لان الخيار كان
ثابتاً له فهو بقوله كان غير شهوة ينكر سقوطه فكان القول قوله وكذلك قال أبو حنيفة في الجارية اذا قبلت المشتري
بشهوة انه انما يسقط الخيار ويلزمه العقد اذا أقر المشتري انها فعلت بشهوة (فأما) اذا أنكر أن يكون ذلك بشهوة
فلا يسقط لان حكم فعلها يلزم المشتري بسقوط حقه فيتوقف على اقراره ولو حدث في المبيع في يد المشتري ما يمنع
الرد على البائع بطل خياره لان فائدة الخيار هو التمكن من الفسخ والرد فاذا خرج عن احتمال الرد لم يكن في بقاء الخيار
فائدة فلا يبقى وذلك نحو ما اذا هلك في يده أو انتقص بأن تعيب بعيب لا يحتمل الارتفاع سواء كان ذلك فاحشاً أو
يسيراً وسواء كان ذلك بفعل المشتري أو بفعل البائع أو بآفة سببية أو بفعل المبيع أو بفعل أجنبي لان حدوث
هذه المعاني في يد المشتري يمنع الرد (أما) الهلاك فظاهر وكذا النقصان لقوات شرط الرد وهو أن يكون ما قبض
كما قبض لانه اذا انتقص شيء منه فقد تعذر رد القدر الفائت فتقر رعى المشتري حصته من الثمن لان فواته حصل في
ضمان المشتري فلو رد الباقي كان ذلك تفريق الصفقة على البائع قبل التمام وهذا لا يجوز واذا امتنع الرد بطل الخيار
لما قلنا وهذا قول أبي حنيفة ومحمد وهو قول أبي يوسف أيضاً الا في خصلة واحدة وهي ما اذا انتقص بفعل البائع
فان المشتري فلهما على خياره عنده ان شاء رد عليه وان شاء أمسكه وأخذ الارش من البائع كذا ذكر القاضى في
شرحه مختصر الطحاوى الاختلاف وذكر الكرخى رحمه الله الاختلاف بين أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد رحمهم
الله وان كان العيب مما يحتمل الارتفاع كالمريض فالمشتري على خياره ان شاء فسخ وان شاء أجاز لان كل عارض
على أصل اذا ارتفع يلحق بالعدم ويحتمل كانه لم يكن هذا هو الأصل وليس له أن يفسخ إلا أن يرتفع العيب في مدة الخيار
فان مضت المدة والعيب قائم بطل حق الفسخ ولزم البيع لتعذر الرد والله عز وجل أعلم وعلى هذا يخرج ما اذا ازداد

المبيع زيادة متصلة غير متولدة من الاصل كما اذا كان ثوباً فصبغه أو سويقاً فقلته بسمن أو كان أرضاً فبنى عليها أو غرس فيها أنه يبطل خياره لان هذه الزيادة مانعة من الرد بالاجماع فكانت مسقطاً للخيار ولو كانت الزيادة متصلة متولدة من الاصل كالحسن والجمال والسمن والبرء من المرض والنحلاء البياض من العين ونحو ذلك فبذلك عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد لا يبطل بناء على أن هذه الزيادة تمنع الرد عندهما كما في العيب في المهر في النكاح وعنده لا تمنع والمسألة تأتي في موضعها ان شاء الله تعالى وان كانت الزيادة منفصلة متولدة من الاصل كالولد والتمر واللبن ونحوها أو كانت غير متولدة من الاصل لكنها بدل الجزء القاتل كالارث أو بدل ما هو في معنى الجزء كالعقر يبطل خياره لانها مانعة من الرد عندنا وان كانت منفصلة غير متولدة من الاصل ولا هي بدل الجزء القاتل أو ما هو في معنى الجزء كالصدقة والكسب والغلة لا يبطل خياره لان هذه الزيادة لا تمنع الرد فلا يبطل الخيار فان اختار المبيع فالزوا تدله مع الاصل لانه تبين انها كسب ملكه فكانت ملكه وان اختار الفسخ رد الاصل مع الزوائد عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد الزوائد تكون له بناء على أن ملك المبيع كان موقوفاً فاذا فسخ تبين انه لم يدخل في ملكه فتبين أن الزيادة حصلت على ملك البائع فيردها اليه مع الاصل وعندهما المبيع دخل في ملك المشتري فكانت الزوائد حاصلة على ملكه والفسخ يظهر في الاصل لافي الزيادة فبقيت على حكم ملك المشتري ولو كان المبيع دابة فركبها فان ركبها لحاجة نفسه كان اجازة وان ركبها ليسقيها أو يشتري لها علقة أو وليدها على بائعها فالقياس أن يكون اجازة لانه يمكنه أن يفعل ذلك قوداً وفي الاستحسان لا يكون اجازة وهو على خياره لان ذلك مما لا بد منه خصوصاً اذا كانت الدابة صعبة لا تنقاد بالقود فكان ذلك من ضرورات الرد فلا يحل اجازة ولو ركبها لينظر الى سيرها لا يبطل خياره لانه لا بد له من ذلك للاختبار بخلاف خيار العيب انه اذا ركبها بعد ما علم بالعيب انه يبطل خياره لان له منه بدا ولا حاجة الى الركوب هناك لمعرفة سيرها فكان دليل الرضا بالعيب ولو كان المبيع ثوباً فلبسه لينظر الى قصره من طوله وعرضه لا يبطل خياره لان ذلك مما يحتاج اليه للتجربة والامتحان أنه يوافق أم لا فلم يكن منه بد ولو ركب الدابة ليعرف سيرها ثم ركبها مرة أخرى ينظر ان ركبها لمعرفة سير آخر غير الاول بأن ركبها مرة ليعرف انها ملاح ثم ركبها ثانياً ليعرف سرعة عدوها فهو على خياره لان معرفة السير من مقصودة تقع الحاجة اليها في بعض الدواب وان ركبها لمعرفة السير الاول قالوا يسقط خياره وكذا في استخدام الرقيق اذا استخدمه في نوع ثم استخدمه في ذلك النوع قالوا يسقط خياره وبعض مشايخنا قالوا لا يسقط لان الاختبار لا يحصل بالمرة الواحدة لجواز ان الاول وقع اتفاقاً فيحتاج الى التكرار لمعرفة العادة وفي الثوب اذا لبسه مرة لمعرفة الطول والعرض ثم لبسه ثانياً يسقط خياره لانه لا حاجة الى تكرار اللبس في الثوب للحصول المقصود باللبس مرة واحدة ولو حمل على الدابة علقة فهو اجازة لانه يمكنه حمل العلف على غيرها ولو قص حوافرها أو أخذ من عرفها شيئاً فهو على خياره لانه تصرف لا يختص بالملك اذ هو من باب اصلاح الدابة فيملكه كل واحد ويكون مأذوناً فيه دلالة كما اذا علقها أو سقاها ولو ودجها أو بزغها فهو اجازة لانه تصرف فيها بالتقيص فان كان شاة فخلها أو شرب لبنها فهو اجازة لانه لا يحل الا بالملك أو الاذن من المالك ولم يوجد الاذن فكان دليلاً على قصد التملك أو التقرير فيكون اجازة ولو كان المبيع داراً فسكنها المشتري أو أسكنها غيره باجر أو بغير أجر أو رم شيئاً منها أو جصصها أو طينها أو أحدث فيها شيئاً أو هدم فيها شيئاً فذلك كله اجازة لانه دليل اختيار الملك أو تقريره فكان اجازة دلالة وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي في سكني المشتري روايتان ووفق بينهما فحمل احدهما على ابتداء السكنى والاخرى على الدوام عليه ولو كان فيها ساكن باجر فباعها البائع برضا المستأجر وشرط الخيار للمشتري فتركه المشتري فيها أو استأوى الغلة فهو اجازة لان الاجرة بدل المنفعة فكان أخذها دلالة قصد تملك المنفعة أو تقرير ملك المنفعة وذلك قصد تملك الدار أو تقرير ملكه فيها فكان اجازة ولو كان المبيع أرضاً فبناها حرت فسقاها أو حصده أو قصل منه شيئاً فهو اجازة لان السقي تصرف في الحرت بالتزكية فكافي دليل اختيار البيع وإيجابه

وكذلك

وكذلك القصل تصرف فيه بالتقصيص فكان دليل قصد التملك أو التقرر ولو شرب من نهر تلك الأرض أوسقى منه دوابه لا يكون اجازة لان هذا تصرف لا يختص بالملك لانه مباح ولو كان المبيع رحي فطحن فيها فان هوطحن ليعرف مقدار طحنها فهو على خياره لانه تحقق ما شرع له الخيار ولودام على ذلك كان اجازة لانه لا حاجة الى الزيادة للاختيار فكان دليل الرضا بوجوب البيع (وأما) خيار البائع والمشتري جميعا فيسقط بما يسقط به حالة الافراد فأيهما أجاز صريحا أو ما يجري مجرى الصريح أو فعل ما يدل على الاجازة بطل خياره ولزم البيع من جانبه والآخر على خياره ان شاء أجاز وان شاء فسخ وأيهما فسخ صريحا أو ما يجري مجرى الصريح أو فعل ما يدل على الفسخ انفسخ أصلا ورأسا ولا تلحقه الاجازة من صاحبه بعد ذلك وإنما اختلف حكم الفسخ والاجازة لان الفسخ تصرف في العقد بالابطال والعقد بعد ما بطل لا يحتمل الاجازة لان الباطل متلاشي (وأما) الاجازة فهي تصرف في العقد بالتغيير وهو الالتزام بالاعدام فلا يخرج عنه احتمال الفسخ والاجازة ولو أجاز أحدهما وفسخ الآخر انفسخ العقد سواء كان على التعاقب أو على التران لان الفسخ أقوى من الاجازة ألا ترى انه يلحق الاجازة فان الحجاز يحتمل الفسخ فأما الاجازة فلا تلحق الفسخ فان المفسوخ لا يحتمل الاجازة فكان الفسخ أقوى من الاجازة فكان أولى ولو اختلفا في الفسخ والاجازة فقال أحدهما فسخنا البيع وقال الآخر لا بل أجزنا البيع جميعا فاختلافهما لا يخلو من أن يكون في مدة الخيار أو بدمضى المدة فان كان في المدة فالقول قول من يدعى الفسخ لان أحدهما ينفرد بالفسخ وأحدهما لا ينفرد بالاجازة ولو قامت لهما بينة فالبينة بينة من يدعى الاجازة لانه المدعى وان كان بدمضى المدة فقال أحدهما مضت المدة بعد الفسخ وقال الآخر بعد الاجازة فالقول قول من يدعى الاجازة لان الحال حال الجواز وهو ما بعد انقضاء المدة فترجح جانبه بشهادة الحال فكان القول قوله ولو قامت لهما بينة فالبينة بينة مدعى الفسخ لانها ثبتت أمرا بخلاف الظاهر والبيّنات شرعت له وان كان الخيار لأحدهما واختلفا في الفسخ والاجازة في مدة الخيار فالقول قول من له الخيار سواء ادعى الفسخ أو الاجازة لانه يملك الامرين جميعا والبينة بينة الآخر لانه هو المدعى ولو كان اختلافا فبما بدمضى مدة الخيار فالقول قول من يدعى الاجازة أيهما كان لان الحال حال الجواز وهي ما بدمضى المدة ولو أدرخت البيّنات في هذا كله فاسبقهما تاريخا أولى سواء قامت على الفسخ أو على الاجازة والله عز وجل أعلم وان كان خيار الشرط لغير العاقدين بان شرط أحدهما الخيار لا جني فقد ذكرنا ان ذلك جائز وللشارط والمشرط له خيار الفسخ والاجازة وأيهما أجاز جاز وأيهما فسخ انفسخ لانه صار شارط لنفسه مقتضى الشرط لغيره وصار المشرط له بمنزلة الوكيل للشارط في الفسخ والاجازة فان أجاز أحدهما وفسخ الآخر فان كانا على التعاقب فاولهما أولى فسخا كان أو اجازة لان الثابت بالشرط أحد الامرين فأيهما سبق وجوده بطل الآخر وان كانا معاذ كرفي البيوع أن تصرف المالك عن ولاية الملك أولى تقضا كان أو اجازة وذكرفي المأذون أن النقض أولى من أيهما كان (وجه) رواية البيوع ان تصرف المالك صدر عن ولاية الملك فلا يعارضه الصادر عن ولاية النيابة (وجه) رواية المأذون ان النقض أولى من الاجازة لان الحجاز يحتمل الفسخ أما المفسوخ فلا يحتمل الاجازة فكان الرجحان في المأذون للنقض من أيهما كان وقيل ماروى في البيوع قول محمد لانه يقدم ولاية الملك على ولاية النيابة وما ذكرفي المأذون قول أبي يوسف لانه لا يرى تقديم ولاية الملك وأصله ما ذكرفي النوادر ان الوكيل بالبيع اذا باع من انسان وبيع المالك من غيره وخرج الكلامان مع أن بيع الموكل أولى عند محمد وعند أبي يوسف يجعل العبد بينهما نصفين ويخير كل واحد من المشتريين والله عز وجل أعلم (وأما) بيان ما ينفسخ به فالكلام فيه في موضعين أحدهما في بيان ما ينفسخ به والثاني في بيان شرائطه فنقول والله التوفيق ما ينفسخ به في الاصل نومان اختياري وضروري والاختياري نوعان أيضا صريح وما هو في معنى الصريح ودلالة (أما) الاول فنحو أن يقول من له الخيار ففسخت البيع أو نقضته أو بطلته وما يجري هذا الجري فيفسخ البيع سواء كان الخيار للبائع أو

للمشتري أو لغيرهما ولا يشترط له التراضي ولا قضاء القاضي لأن الفسخ حصل بتسليط صاحبه عليه (وأما) الفسخ من طريق الدلالة فهو أن يتصرف من له الخيار بتصرف المالك ان كان الخيار للبائع وفي الثمن ان كان عينا اذا كان الخيار للمشتري لأن الخيار اذا كان للبائع فتصرفه في المبيع تصرف المالك دليل استبقاء ملكه فيه واذا كان للمشتري فتصرفه في الثمن اذا كان عينا تصرف المالك دليل استبقاء ملكه فيه ولا يكون ذلك الا بالفسخ فالأقدام عليه يكون فسخا للمقدد لالة والحاصل ان وجد من البائع في المبيع مالو وجد منه في الثمن لكان اجازة للبيع يكون فسخا للبيع وقد ذكرنا ذلك كله وهذا النوع من الفسخ لا يقف على علم صاحبه بالاخلاف بخلاف النوع الاول لأن الانساح ههنا لا يثبت بالفسخ مقصود أو انما يثبت ضمناً لغيره فلا يشترط له ما يشترط للفسخ مقصودا كبيع الشرب والطريق أنه لا يجوز مقصودا ويجوز تبعاً للارض والله عز وجل أعلم (وأما) الضروري فنحو ان يهلك المبيع قبل القبض فيبطل البيع سواء كان الخيار للبائع أو للمشتري أو لهما جميعاً لأنه لو كان بائناً لبطل فاذا كان فيه خيار الشرط أولى لأنه أضعف منه وان هلك بعد القبض فان كان الخيار للبائع فكذا يبطل البيع ولكن تلزمه القيمة ان لم يكن له مثل والمثل ان كان له مثل اما بطلان البيع فلان المبيع صار بحال لا يحتمل انشاء العقد عليه فلا يحتمل الاجازة فيفسخ العقد ضرورة وأما لزوم القيمة فتقول عامة العلماء وقال ابن أبي ليلى انه يهلك أمانة (وجه) قوله ان الخيار منع انعقاد العقد في حق الحكم فكان المبيع على حكم ملك البائع أمانة في يد المشتري فيهلك هلاك الامانات (ولنا) ان البيع وان لم ينقذ في حق الحكم لكن المبيع في قبض المشتري على حكم البيع فلا يكون دون المقبوض على سوم الشراء بل هو فوقه لان هناك لم يوجد العقد لا بنفسه ولا بحكمه وههنا ان لم يثبت حكم العقد فقد وجد بنفسه وذلك مضمون بالقيمة أو بالمثل فهذا أولى وان كان الخيار للمشتري لا يبطل البيع ولكن يبطل الخيار ويلزم البيع وعليه الثمن اما على أصلهما فظاهر لان المشتري ملكه بالعقد فاذا قبضه فقد تقرر عليه الثمن فاذا هلك يهلك مضموناً بالثمن كما كان في البيع البات (واما) على أصل أبي حنيفة فالمشتري وان لم يملكه فقد اعترض عليه في يده قبل القبض ما يمنع الرد وهو التعيب بعيب لم يكن عند البائع لان الهلاك في يده لا يخلو عن تقدم عيب عادة لأنه لا يخلو عن سبب موته في الهلاك عادة وانه يكون عيباً وتعيب المبيع في يد المشتري يمنع الرد ويلزم البيع لما ذكرنا فاقدم فاذا هلك يهلك بالثمن ولو استهلك المبيع أجنبي والخيار للبائع لا يفسخ البيع والبائع على خياره لأنه يملك الى خلف وهو الضمان لوجود سبب الوجوب للضمان وهو اتلاف مال متقوم مملوك لغيره لان خيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه والهالك الى خلف قائم معنى فكان المبيع قائماً فكان محتملاً للاجازة سواء كان المبيع في يد المشتري أو في يد البائع لأنه مضمون بالاتلاف في الحالين جميعاً فان شاء فسخ البيع واتبع الجاني بالضمان وكذلك لو استهلك المشتري لانه وجب الضمان عليه بالاستهلاك لوجود سبب الوجوب والضمان بدل المضمون فيقوم مقامه فكان المبيع قائماً معنى فكان الخيار على حاله ان شاء فسخ البيع واتبع المشتري بالضمان وان شاء اجازته واتبعه بالثمن ولو تعيب المبيع في يد البائع فان كان بأفة ساهوية أو بفعل المبيع لا يبطل البيع وهو على خياره لان ما انتقص منه من غير فعله فهو غير مضمون عليه حيث لا يسقط بحصته شيء من الثمن فلا يفسخ البيع في قدر الضمان بابقاء الخيار لانه يؤدي الى تفريق الصفقة على المشتري فان شاء فسخ البيع وان شاء اجازته فان اجازته فالمشتري بالخيار ان شاء أخذه بجميع الثمن وان شاء ترك لتغير المبيع قبل القبض وان كان بفعل البائع بطل البيع لان ما انتقص بفعله فهو مضمون عليه حتى يسقط عن المشتري حصة قدر النقصان من الثمن فالاجازة تتضمن تفريق الصفقة على المشتري قبل التمام وان كان بفعل أجنبي لم يبطل البيع وهو على خياره لان قدر النقصان هلك الى خلف وهو الضمان فكان قائماً معنى ولم يبطل البيع في قدر الهالك فكان البائع على خياره ان شاء فسخ البيع واتبع الجاني بالارش وان شاء اجاز واتبع المشتري بالثمن والمشتري يتبع الجاني بالارش وكذلك لو تعيب بفعل المشتري لا يبطل البيع والبائع

على خياره لان المبيع على ملك البائع فكان قدر النقصان مضمونا على المشتري فكان هلاكا الى خلف فكان البيع على حاله والبائع على خياره ان شاء فسخ البيع واتبع المشتري بالضمان وان شاء أجازته واتبع المشتري بالثمن وكذلك اذا تعيب في يد المشتري بفعل أجنبي أو بفعل المشتري أو بأقفة سماوية فالبايع على خياره فان شاء أجاز البيع وان شاء فسخه فان أجاز أخذ من المشتري جميع الثمن سواء كان التعيب بفعل المشتري أو بفعل الأجنبي أو بأقفة سماوية لان البيع جاز في الكل ولا يكون للمشتري خيار الرد بمحدث التعيب في المبيع لانه حدث في يده في ضمانه غير أنه ان كان التعيب بفعل المشتري فلا سبيل له على أحد وان كان بفعل الأجنبي فلم يشتري أن يتبع الجاني بالارش لانه ملك العبد باجازه البائع من وقت البيع فتبين أن الجناية حصلت على ملكه وإن فسخ ينظر ان كان التعيب بفعل المشتري فان البائع يأخذ الباقي ويأخذ ارش الجناية من المشتري لان العبد كان مضمونا على المشتري بالقيمة الا ترى أنه لو هلك في يده لزمته قيمته وبالفسخ وجب عليه رده وقد عجز عن رد قدر الفاتئ فيلزمه رد قيمته وكذا اذا تعيب بأقفة سماوية لما قلنا وان كان التعيب بفعل أجنبي فالبايع بالخيار ان شاء اتبع الأجنبي بالارش لان الجناية حصلت على ملكه وان شاء اتبع المشتري لان الجناية حصلت في ضمان المشتري فان اختار اتباع الأجنبي فلا جني لا يرجع على أحد لانه ضمن بفعل نفسه وان اختار اتباع المشتري فالمشتري يرجع بما ضمن من الارش على الأجنبي لان المشتري قام مقام البائع في حق ملك بدل الفاتئ وان لم يرق مقامه في حق ملك نفس الفاتئ كخا صب المدبر اذا قتل المدبر في يده وضمنه للمالك ان له ان يرجع بما ضمن على القاتل وان لم يملك نفس المدبر كذا هذا والله عز وجل أعلم (وأما) شرائط جواز الفسخ فمنها قيام الخيار لان الخيار اذا بطل فقد لزم البيع فلا يحتمل الفسخ ومنها علم صاحبه بالفسخ عند أبي حنيفة ومحمد حتى لو فسخ بغير علمه كان فسخه موقوفا عندهما ان علم صاحبه بفسخه في مدة الخيار نفذ وان لم يعلم حتى مضت المدة لزم العقد وكذا لو أجاز الفسخ العقد نفذ فسخه قبل علم صاحبه وجازت اجازته ولزم العقد وبطل فسخه وهو قول أبي يوسف الاول ثم رجع وقال علم صاحبه ليس بشرط حتى لو فسخ يصح فسخه علم صاحبه بالفسخ أولا وروى عن أبي يوسف أنه فصل بين خيار البائع وخيار المشتري فلم يشترط العلم في خيار البائع وشرط في خيار المشتري (وأما) خيار الرؤية فهو على هذا الاختلاف ذكره الكرخي ولا خلاف بين أصحابنا في خيار العيب ان العلم بالفسخ فيه شرط سواء كان بعد القضاء أو قبله وأجمعوا على أن عزل الموكل وكيله بغير علمه وان فسخ أحد الشريكين الشركة أو نهى رب المال المضارب عن التصرف بغير علمه لا يصح (وجه) قول أبي يوسف انه يملك الاجازة بغير علم صاحبه فيملك الفسخ والجامع بينهما ان كل واحد منهما حصل بتسليط صاحبه عليه ورضاه فلا معنى للتوقف على علمه كالوكيل بالبيع اذا باع من غير علم الموكل (وجه) قولهما ان الفسخ لو نفذ بغير علم صاحبه لتضرر به صاحبه فلا ينفذ دفعا للضرر عنه كالموكل اذا عزل وكيله بغير علمه وبيان الضرر ان صاحبه اذا لم يعلم بالفسخ فتصرف في المبيع بعد مضي مدة الخيار على ظن أنه ملكه فلو جاز الفسخ من غير علمه لتبين أنه تصرف في ملك غيره وأنه سبب لوجوب الضمان فيتضرر به ولهذا لم يحز عزل الوكيل بغير علمه كذا هذا بخلاف الاجازة أنه يصح من غير علمه لانه لا ضرر فيه وكذا لا ضرر في بيع الوكيل بغير علم الموكل ومنها أن لا يكون في الفسخ تفرق الصفقة حتى لا يملك الاجازة في البعض دون البعض لانه تفرق الصفقة قبل تمامها وأنه باطل (وأما) الخيار الثابت بالشرط دلالة فهو خيار العيب والكلام في بيع العيب في مواضع في بيان حكمه وفي بيان صفة الحكم وفي بيان تفسير العيب الذي يوجب الخيار وتفصيل المفسر وفي بيان شرائط ثبوت الخيار وفي طريق اثبات العيب وفي بيان كيفية الرد والفسخ بالعيب بعد ثبوته وفي بيان من تلزمه الخصومة في العيب ومن لا تلزمه وفي بيان ما يمنع الرد بالعيب وفي بيان ما يسقط به الخيار بعد ثبوته ويلزم البيع وفي بيان ما يمنع الرجوع بنقصان العيب وما لا يمنع وفي بيان طريق الرجوع (أما) حكمه فهو ثبوت الملك للمشتري في المبيع للحال لان ركن البيع مطلق عن الشرط والثابت بدلالة

النص شرط السلامة لا شرط السبب ولا شرط الحكم وأثره في منع اللزوم لا في منع أصل الحكم بخلاف البيع بشرط الخيار لان الشرط المنصوص عليه هناك دخل على السبب فيمنع انعقاده في حق الحكم في مدة الخيار (وأما صفته فهي أنه ملك غير لازم لان السلامة شرط في العقد بدلالة فلم يسلم المبيع لا يلزم البيع فلا يلزم حكمه والدليل على أن السلامة مشروطة في العقد بدلالة ان السلامة في البيع مطلوبة المشتري عادة الى آخره لان غرضه الانتفاع بالمبيع ولا يتكامل انتفاعه الا بقيد السلامة ولانه لم يدفع جميع الثمن الا ليسلم له جميع المبيع فكانت السلامة مشروطة في العقد بدلالة فكانت كالمشروطة نصاً فاذا فاتت المساواة كان له الخيار كما اذا اشترى جارية على انها بكر أو على انها طباخة فلم يجدها كذلك وكذا السلامة من مقتضيات العقد أيضاً لانه عقد معاوضة والمعاوضات مبناها على المساواة عادة وحقيقة وتحقيق المساواة في مقابلة البدل بالمبدل والسلامة بالسلامة فكان اطلاق العقد مقتضياً للسلامة فاذا لم يسلم المبيع للمشتري ثبت له الخيار لان المشتري يطالبه بتسليم قدر القاتت بالعيب بحكم العقد وهو عاجز عن تسليمه فيثبت الخيار ولان السلامة لما كانت مرغوبة المشتري ولم يحصل فقد اختل رضاه وهذا يوجب الخيار لان الرضا شرط صحة البيع قال الله تعالى يا أيها الذين آمنوا لاتأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض منكم فانه ادم الرضا يمنع صحة البيع واختلاله يوجب الخيار فيه اثباتاً للحكم على قدر الدليل والاصل في شرعية هذا الخيار ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال من اشترى شاة مخفلة فوجد هامصراً فهو بخير النظرين ثلاثة أيام وفي رواية فهو بأحد النظرين الى ثلاثة ان شاء أمسك وان شاء رد ودفعها صاعاً من تمر والنظران المذكوران هما نظر الامساك والردود ذكر الثلاث في الحديث ليس للتوقيت لان هذا النوع من الخيار ليس بموقت بل هو بناء الامر على الغالب المعتاد لان المشتري ان كان به عيب يقف عليه المشتري في هذه المدة عادة فيرضى به فيمسكه أو لا يرضى به فيرده والصاع من التمر كانه قيمة اللبن الذي حلبه المشتري علمه رسول الله صلى الله عليه وسلم بطريق المشاهدة والله عز وجل أعلم (وأما تفسير العيب الذي يوجب الخيار وتفصيل المفسر فكل ما يوجب نقصان الثمن في عادة التجار نقصاناً فاحشاً أو يسيراً فهو عيب يوجب الخيار ومالا فلا ينحو العمى والعور والحول والقبل وهو نوع من الحول مصدر الا قبل وهو الذي كانه ينظر الى طرف أنه والسبل وهو زيادة في الاجفان والعشام مصدر الاعشى وهو الذي لا يبصر بالليل والخوص مصدر الاخوص وهو غائر العين والجوص مصدر الاخوص وهو الضيق مؤخر العين والغرب وهو ورم في الاماقي وهي اطراف العين التي تلي الانف وقيل هو داء الدمع دائماً والظفرة وهي التي يقال لها بالفارسية ناخنه والشر وهو انقلاب جفن العين والبرص والقروح والسلع والشلل والزمانة والقدم وهو عوجاج في الرسغ من اليد والرجل والفجج مصدر الالفجج وهو الذي يتداني عقباه وينكشف ساقاه في المشي والصكك مصدر الاصل وهو الذي يصكك ركبته والحنف مصدر الاحنف وهو الذي أقبلت احدى ارجليه على الاخرى والبرزى مصدر البرزى وهو خروج الصدر والعسر مصدر الاعرس وهو الذي يعمل بشماله والاصبع الزائدة والناقصة والسنب الشاغية والسوداء والناقصة والظفر الاسود والبخر وهو تنقح في الجوارى لافي العبد الا أن يكون فاحشاً لانه حينئذ يكون عن داء والزفر وهو تنقح الابط في الجارية لافي الغلام الا أن يفحش فيكون عيباً فيهما جميعاً والادر مصدر الادرة وهو الذي به ادره يقال لها بالفارسية فتح والرتق وهو انسداد فرج الجارية والفتق وهو افتتاح فرجها والقرن وهو في النساء كالادرة في الرجال والشمط والشيب في الجوارى والعبيد والسلول والقروح والشجاج والامراض كلها والحبل في الجوارى لافي البهائم لانه زيادة في البهيمه وحذف الحروف في المصحف الكريم أو في بعضه والزنا في الجارية لافي الغلام لانه يفسد الفراس وقد يقصد الفراس في الاماء بخلاف الغلام الا اذا فحش وصار اتباع النساء عادة له فيكون عيباً فيه أيضاً لانه يوجب تعطيل منافعه على المولى وكذا اذا ظهر وجوب الحد عليه فهو عيب وقال بعض مشايخنا ببلخ الزنا يكون عيباً في الغلام أيضاً لانه لا يؤتمن على أهل البيت فلا يستخدم

وهذا ليس بسديد لان الغلام الكبير لا يشتري للاستخدام في البيت بل للأعمال الخارجية وكون المشتري ولد الزنا في الجارية لا في العبيد لما ذكرنا أنه قد يصد القراش من الجوارى فإذا جاءت بولد يعير ولده بأمه بخلاف الغلام لانه يشتري للخدمة عادة والكفر في الجارية والغلام عيب لان الطبع السليم ينفر عن محبة الكافر (وأما) الاسلام فليس بعيب بأن اشترى نصراني عبدا فوجده مسلما لان الاسلام زيادة والنكاح في الجارية والغلام لان منافع البضع مملوكة للزوج والعبد يباع في المهر والنفقة فيوجب ذلك نقصا في ثمنهما والعدة من طلاق رجعي لا من طلاق بائن او ثلاث لان الرجعي لا يوجب زوال الملك بخلاف البائن والثلاث واحتباس الحيضة في الجارية باللفة مدة طويلة شهران فصاعدا والاستحاضة لان ارتفاع الحيض في أوانه لا يكون الاداء عادة وكذا استمرار الدم في أيام الطهر والاحرام في الجارية ليس بعيب لان المشتري يملك اذاته فان له ان يحللها والحرمه بالرضاع أو الصهرية ليس بعيب فيها لان الجوارى لا يشتري للاستمتاع عادة بل للاستخدام في البيت وهذه الحرمه لا تقدر في ذلك بخلاف النكاح حيث يكون عيبا وان لم يثبت به الاحرمه الاستمتاع لانه يحل بالاستخدام والثبوت في الجارية ليس بعيب الا أن يكون اشتراها على شرط البكارة فيردها بعد الشرط والدين والجنابة لا نه يدفع بالجنابة ويبيع بالدين والجهل بالطبخ والخبز في الجارية ليس بعيب لانه لا يوجب نقصان الثمن في عادة التجار بل هو حرفة بمنزلة الخياطة ونحوها فانعدامه لا يكون عيبا الا أن يكون ذلك مشروطا في العقد فيردها لقوات الشرط لا للعيب ولو كانت تحسن الطبخ والخبز في يد البائع ثم نسبت في يده فاشترها فوجدها لا تحسن ذلك ردها وان لم يكن ذلك مشروطا في العقد لانها اذا كانت تحسن ذلك في يد البائع وهي صفة مرغوبة تشتري لها الجارية عادة فالظاهر انه انما اشتراها رغبة فيها فصارت مشروطة دلالة فيردها لانعدام المشروط كما لو شرط ذلك نصا وانعدام الختان في الغلام والجارية اذا كانتا مولودين كبيرين فان كانا مولودين صغيرين فليس بعيب لان الختان في حالة الكبر فيه زيادة ألم وهذا الذي ذكر في الجارية في عرف بلادهم لا هم يخشون الجوارى فاما في عرف ديارنا فالجارية لا تختن فعند الختان فيها لا يكون عيبا أصلا وان كان الغلام كبيرا حرييا لا يكون عيبا لان فيه ضرورة لان أكثر الرقيق يؤتى به من دار الحرب وأهل الحرب لا ختان لهم فلو جعل ذلك عيبا يرد به لضايق الامر على الناس ولان الختان اذا لم يكن من فعل أهل دار الحرب وعادتهم ومع ذلك اشتراه كان ذلك منه دلالة الرضا بالعيب والابق والسرقة والبول في القراش والجنون لان كل واحد منها يوجب النقصان في الثمن في عادة التجار نقصا نافعا حاشا فكان عيبا الا أنه هل يشترط في هذه العيوب الاربعة اتحاد الحالة وهل يشترط ثبوتها عند المشتري بالحجة لثبوت حق الرد فسنذكره في موضعه ان شاء الله تعالى والحنف مصدر الاحنف من الخليل وهو الذي احدى عينيه زرقاء والاخرى كحلاء والصدف مصدر الاصدف وهو الدابة التي يتداني لحذاها ويتباعدها حافراها ويلتوي رسفاها والعزل مصدر العزل وهو من الدواب الذي يقع ذنبه من جانب عادة لا خلقه والمشش وهو ارتفاع العظم لآفة اصابته والجرد مصدر الجرد وهو من الابل الذي أصابه انقطاع عصب من يده أو رجله فهو ينهضها اذا سار والحران والحرون مصدر الحرون وهو الذي يقف ولا يتقاد للسائق ولا للقائد والجاح والجوح مصدر الجوح وهو أن يشتد القرس فيغلب راحبه وخلع الرسن ظاهرا وبل الخلالة كذلك والهشم في الاواني والصدع في الحوائط والجذوع ونحوها من العيوب فانواع العيوب فيها كثيرة لا وجه لذكرها هنا كلها والتعويل في الباب على عرف التجار فانقص الثمن في عرفهم فهو عيب يوجب الخيار وما لا فلا والله عز وجل أعلم وأما شرائط ثبوت الخيار (فمنها) ثبوت العيب عند البيع أو بعده قبل التسليم حتى لو حدث بعد ذلك لا يثبت الخيار لان ثبوت لقوات صفة السلامة المشروطة في العدة دلالة وقد حصلت السعلة من لينة في المشتري (ومنها) ثبوتها عند المشتري بعد ما قبض المبيع ولا يكتفى بالثبوت عند البائع لثبوت حق الرد في جميع العيوب عند عامة المشايخ وقال بعضهم فيما سوى العيوب الاربعة من الاباق والسرقة والبول في

القراش والجنون فكذلك فأما في العيوب الاربعه فثبتوها عند المشتري ليس بشرط بل الثبوت عند البائع كاف
و بعضهم فصل في العيوب الاربعه فقال لا يشترط في الجنون ويشترط في غيره من العيوب الثلاثة (وجهه) قول من
فصل هذه العيوب الاربعه من سائرهما في اعتبار هذا الشرط ان هذه العيوب عيوب لازمة لازوال لها اذا ثبتت في
شخص الى أن يموت فثبتوها عند البائع بدل على قائمها عند المشتري فكان له حق الرد من غير أن يظهر عنده بخلاف
سائر العيوب فانها ليست بلازمة (وجهه) قول من فرق بين الجنون وغيره من الانواع الثلاثة ان الجنون لفساد في
محل العقده وهو الدماغ وهذا مما لازوال له عادة اذا ثبت ولهذا قال محمد ان الجنون عيب لازم بخلاف الباقي والبول في
القراش انها ليست بلازمة بل تحتل الزوال والاسبابها (وجهه) قول العامة قول محمد نصا في الجامع الصغير فانه
ذكر فيه أنه لا يثبت للمشتري حق الرد في هذه العيوب الاربعه الا بعد ثبوتها عنده فكان المعنى فيه ان الثابت عند
البائع محتمل الزوال قابل الارتفاع فاما ما سوى العيوب الاربعه فلا شك فيه وكذلك العيوب الاربعه لان حدوثها
في الذات لا لاسباب الموجبة للحدوث وهي محتملة للزوال فكانت هي محتملة للزوال لا احتمال للزوال لأسبابها فان
بقيت يثبت حق الرد وان ارتفعت لا يثبت فلا يثبت حق الرد بالاحتمال فلا بد من ثبوتها عند المشتري ليعلم انما قائمه
وقول القائل الجنون اذا ثبت لا يزول عادة ممنوع فان الجنون قد يفيق ويزول جنونه بحيث لا يعود اليه فالم يوجد
عند المشتري لا يعلم بقاؤه كما في الانواع الاخر الا أن الفرق بين الجنون وغيره من الانواع الثلاثة من وجه آخر وهو
ان هناك يشترط اتحاد الحالة لثبوت حق الرد وهو أن يكون وجودها عند البائع والمشتري في حالة الصغر أو في حال
الكبر حتى لو أبقى أو سرق أو بال في القراش عند البائع وهو صغير عاقل ثم كان ذلك في يد المشتري بعد البلوغ لا يثبت له
حق الرد وفي الجنون اتحاد الحالة ليس بشرط وانما كان كذلك لان اختلاف الحال في العيوب الثلاث يوجب
اختلاف السبب لان السبب البول على القراش في حال الصغر هو ضعف في المثانة وفي الكبر هو داء في الباطن
والسبب في الباقي والسرقة في الصغر هو الجهل وقلة التمييز وفي الكبر الشرارة وخيبث الطبيعة واختلاف السبب
يوجب اختلاف الحكم فكان الموجود في يد المشتري بعد البلوغ غير الموجود في يد البائع فكان عيبا حادثا وانه يمنع
الرد بالعيب بخلاف الجنون لان سببه في الحالين واحد لا يختلف وهو فساد في محل العقل وهو الدماغ فكان الموجود
في حالة الكبر عين الموجود في حالة الصغر وهذا والله عز وجل أعلم معنى قول محمد في الكتاب الجنون عيب لازم أبدا
لما قاله أولئك والله عز وجل الموفق (ومنها) عقل الصبي في الباقي والسرقة والبول على القراش حتى لو أبقى أو
سرق أو بال على القراش في يد البائع وهو صغير لا يعقل ثم كان ذلك في يد المشتري وهو كذلك لا يثبت له حق الرد وهذا
اذا فعل ذلك في يد البائع وهو صغير لا يعقل ثم وجد ذلك في يد المشتري بعد ما عقل لان الموجود في يد البائع ليس بعيب
ولا بد من وجود العيب في يده (ومنها) اتحاد الحال في العيوب الثلاثة فان اختلاف لم يثبت حق الرد بان أبقى أو سرق
أو بال على القراش في يد البائع وهو صغير عاقل ثم كان ذلك في يد المشتري بعد البلوغ لان اختلاف الحال دليل
اختلاف سبب العيب على ما بينا واختلاف سبب العيب يوجب اختلاف العيب فكان الموجود بعد البلوغ عيبا
حادثا عند الرد والله عز وجل أعلم (ومنها) جهل المشتري بوجود العيب عند العقد والقبض فان كان عالما به عند أحدهما
فلا خيار له لان الاقدام على الشراء مع العلم بالعيب رضا به دلالة وكذا اذا لم يعلم عند العقد ثم علم بعده قبل القبض لان
تمام الصفقة متعلق بالقبض فكان العلم عند القبض كالعلم عند العقد (ومنها) عدم اشتراط البراءة عن العيب في البيع
عندنا حتى لو شرط فلا خيار للمشتري لان شرط البراءة عن العيب في البيع عندنا صحيح فاذا أبرأه فقد أسقط حق
نفسه فصحح الاسقاط فيسقط ضرورة ثم الكلام في البيع بشرط البراءة في الاصل في موضعين أحدهما في جوازه
والثاني في بيان ما يدخل تحت البراءة من العيب أما الكلام في جوازه فقد مر في موضعه وانما الحاجة هنا الى بيان
ما يدخل تحت البراءة من العيب فنقول والله التوفيق البراءة لا تخلو اما ان كانت عامة بان قال بعت على اني برى ممن

العيوب أو قال من كل عيب واما ان كانت خاصة بان قال من عيب كذا وسماء وكل ذلك لا يخلو من ثلاثة أوجه إمان
 قيد البراءة بعيب قائم حالة العقد واما ان أطلقها اطلاقا واما ان أضافها الى عيب يحدث في المستقبل فان قيدها بعيب قائم
 حالة العقد لا يتناول العيب الحادث بعد البيع قبل القبض بخلاف سواء كانت البراءة عامة بان قال أبرأتك من كل
 عيب به أو خاصة بان قال أبرأتك مما به من عيب كذا لان اللفظ المقيد بوصف لا يتناول غير الموصوف بتلك الصفة
 وان أطلقها اطلاقا قد دخل فيه القائم والحادث عند أبي يوسف وعند محمد لا يدخل فيه الحادث وله أن يردده وهو قول زفر
 (وجه) قول محمد ان البراءة عن العيب يقتضي وجود العيب لان البراءة عن المعدوم لا يتصور والحادث لم يكن
 موجودا عند البيع فلا يدخل تحت البراءة فلو دخل انما يدخل بالاضافة الى حالة الحدوث والبراءة لا يحتمل
 الاضافة لان فيه معنى التملك حتى يرتد بالرد ولهذا لم يدخل الحادث عند الاضافة اليه نصا فعند الاطلاق أولى (وجه)
 قول أبي يوسف ان لفظ البراءة يتناول الحادث نصا ودلالة (أما) النص فانه عم البراءة عن العيوب كلها أو خصها
 بنس من العيوب على الاطلاق نصا فتخصيصه أو تقييده بالموجود عند العقد لا يجوز الا بدليل (وأما) الدلالة
 فهي ان غرض البائع من هذا الشرط هو انسداد طريق الرد ولا ينسد الا بدخول الحادث فكان داخل فيه دلالة
 (وأما) قول محمد ان هذا ابراء عماليس بثابت فعبارة الجواب عن هذا الحرف من وجهين أحدهما ان يقال هذا
 ممنوع بل هو ابراء عن الثابت لكن تقديره ابراءه من وجهين أحدهما ان العيب الحادث قبل القبض كالموجود عند
 العقد ولهذا ثبتت حق الرد به كما ثبتت بالموجود عند العقد ولما ذكرنا ان القبض حكم العقد فكان هذا ابراء عن حق
 ثابت تقديره والثاني ان سبب حق الرد موجود وهو البيع لان البيع يقتضي تسليم المعقود عليه سليما عن العيب فاذا
 عجز عن تسليمه بصفة السلامة ثبت له حق الرد ليس له الثمن فكان وجود تسليم المبيع سببا لثبوت حق الرد والبيع
 سبب لوجود تسليم المبيع فكان ثبوت حق الرد بهذه الوسائط حكم البيع السابق والبيع سبب فكان هذا ابراء
 عن حق الرد بعد وجود سببه وسبب الشيء اذا وجد يجعل هو ثبوت تقديره الاستحالة لخلو الحكم عن السبب فكان
 ابراء عن الثابت تقديره ابراء عن الجراحة لكون الجرح سبب السراية فكان ابراء عما يحدث من
 الجرح تقديره وكذا البراءة عن الاجرة قبل استيفاء المنفعة يصح وان كانت الاجرة لا تملك عندنا بنفس العقد
 قلنا كذا هذا والثاني ان هذا ابراء عن حق ليس بثابت لكن بعد وجود سببه وهو البيع وانه صحيح كالأبراء عن
 الجرح والبراءة عن الاجرة على ما بينا بخلاف البراءة عن كل حق له أنه لا يتناول الحادث لان الحادث معدوم للحال
 بنفسه وبسببه فلو انصرف اليه البراءة لكان ذلك ابراء عماليس بثابت أصلا لا حقيقة ولا تقديره لان عدم سبب
 الحق فلم ينصرف اليه وقوله لو تناول الحادث لكان هذا تعليق البراءة بشرط أو الاضافة الى وقت ممنوع بل هذا ابراء
 عن حق ثابت وقت ابراء تقديره ما بيننا من الوجهين فلم يكن هذا تعليقا ولا اضافة فيصح والله عز وجل أعلم وان
 أضافها الى عيب حادث بان قال على أي برى من كل عيب يحدث بعد البيع فالبيع بهذا الشرط فاسد عندنا لان
 البراءة لا يحتمل الاضافة لانه وان كان اسقاطا ففيه معنى التملك ولهذا لا يحتمل الارتداد بالرد ولا يحتمل الاضافة
 الى زمان في المستقبل نصا كما لا يحتمل التعليق بالشرط فكان هذا بيما أدخل فيه شرطا فاسدا فيوجب فساد البيع
 ولو اختلفا في عيب فقال البائع هو كان موجودا عند العقد فدخل تحت البراءة وقال المشتري بل هو حادث لم يدخل
 تحت البراءة فان كانت البراءة مطلقة فهذا لا يتفرع على قول أبي يوسف لان العيب الحادث داخل تحت البراءة
 المطلقة عنده فأما على قول محمد فالقول قول البائع مع يمينه وقال زفر والحسن بن زياد القول قول المشتري (وجه)
 قولهما ان المشتري هو المبرى لان البراءة تستفاد من قبله فكان القول فيما أبرأ قوله (وجه) قول محمد ان البراءة عامة
 والمشتري يدعي حق الرد بعد عموم البراءة عن حق الرد بالعيب والبائع ينكر فكان القول قوله كما لو أبرأه عن الدعوى
 كلها ثم ادعى شيئا مما في يده وهو ينكر كان القول قوله دون المشتري لما قلنا كذا هذا ولو كانت مقيدة بعيب يكون

عند العقد فاختلف البائع والمشتري على نحو ما ذكرنا فالقول قول المشتري لان البراءة المقيدة بحال العقد لا تتناول الا الموجود حالة العقد والمشتري يدعي العيب لأقرب الوقتين والبائع يدعيه لأبعدهما فكان الظاهر شاهد للمشتري وهذا لان عدم العيب أصل والوجود عارض فكان احالة الموجود الى أقرب الوقتين أقرب الى الأصل والمشتري يدعي ذلك فكان القول قوله ولو اشترى عبدا وقبضه فساومه رجل فقال المشتري اشترته فانه لا عيب به ثم لم يتفق البيع بينهما ثم وجد المشتري به عيبا وأقام البينة على أن هذا العيب كان عند البائع فقال له البائع انك أقررت أنه لا عيب به فقد أ كذبت شهودك لا يبطل هذا الكلام حقه في الرد بالعيب وله أن يردده لان مثل هذا الكلام في المتعارف لا يراد به حقيقة وانما يذكر لترويج السلعة ولان ظاهره كذب لانه نفي عنه العيوب كلها والادعى لا يخلو عن عيب فالتحقق بالعدم وصار كأنه لم يتكلم به ولو عين نوعا من العيوب بان قال اشترته فانه ليس به عيب كذا ثم وجد به عيبا وأراد الرد فان كان ذلك نوعا آخر سوى النوع الذي عينه له أن يردده لانه لا اقرار منه بهذا النوع وان كان من النوع الذي عين ينظر ان كان مما يحدث مثله في مثل تلك المدة ليس له حق الرد لان مثل هذا الكلام يراد به التحقيق في المتعارف لا لترويج السلعة فصار منقضا ولان الادعى يخلو عن عيب معين فلم يتعين بكذبه وان كان مما يحدث مثله في مثل تلك المدة له حق الرد لاننا نقينا بكذبه حقيقة فالتحقق كلامه بالعدم ولو أبرأه عن عيب واحد شجرة أو جرح فوجد شجرتين أو جرحين فعلى قول أبي يوسف الخيار للبائع يبرأ من أيهما شاء وعلى قول محمد الخيار للمشتري يرد أيهما شاء وفائدة هذا الاختلاف انما تظهر عند امتناع الرد باعتراض أسباب الامتناع من هلاك المبيع أو حدوث عيب آخر في يد المشتري أو غير ذلك من الأسباب المانعة من الرد وأراد الرجوع بنقصان العيب فأما عند إمكان الرد فلا تظهر فائدة في هذا الاختلاف (وجه) قول محمدان البراءة يستفاد من قبل المشتري والاحتمال جاء من قبله حيث أطلق البراءة الى شجرة واحدة غير عين وإذا كان الاجمال منه كان البيان اليه (وجه) قول أبي يوسف ان البراءة وان كان من المشتري لكن منفعة البراءة عائدة الى البائع فصار كان المشتري فوض التعيين اليه فكان الخيار له ولو أبرأه من كل داء روى الحسن عن أبي حنيفة انه يقع عن الباطن لان الظاهر يسمى مرضا لاداء وروى عن أبي يوسف انه يقع عن الظاهر والباطن جميعا لان الكل داء ولو أبرأه من كل غائلة فهي على السرقة والابق والفجور وكل ما كان من فعل الانسان مما يعده التجار عيبا كذا روى عن أبي يوسف لان الغائلة هي الجنابة وهي التي تكتب في عهدة المالك لاداء ولا غائلة على ما كتب لرسول الله صلى الله عليه وسلم حينما اشترى عبدا أو أمة وهذا ما اشترى محمد رسول الله صلى الله عليه وسلم من القديس خالد بن هوذة عبدا أو أمة لاداءه ولا غائلة بيع المسلم من المسلم والله عز وجل أعلم (وأما) طريق اثبات العيب فلا يمكن الوصول الى معرفة أقسام العيوب لان طريق اثبات العيب يختلف باختلاف العيب فنقول وبالله التوفيق العيب لا يخلو (أما) أن يكون ظاهرا شاهدا يقف عليه كل أحد كالا صبيغ الزائدة والناقصة والسن الشاغية والساقطة وبياض العين والعور والقر وح والشجاج ونحوها (وأما) أن يكون باطنا خفيا لا يقف عليه الا خواص من الناس وهم الاطباء والبيطرة (وأما) أن يكون مما لا يقف عليه الا النساء بان كان على فرج الجارية أو مواضع العورة منها وأما أن يكون مما لا يقف عليه النساء بان كان داخل الفرج وأما أن يكون مما لا يقف عليه الجارية المشتراة كارتفاع الحيض والاستحاضة وأما أن يكون مما لا يقف عليه الا بالبحر والامتحان عند الخصومة كالابق والسرقة والبول على القراش والجنون والمشتري لا يخلو اما أن يريد اثبات كون العيب في يده للحال وأما أن يريد اثبات كونه في يد البائع عند البيع والقبض فان أراد اثبات كونه للحال فان كان يوقف عليه بالحس والعيان فانه يثبت بنظر القاضي أو أمينه لان العيان لا يحتاج الى البيان وان كان لا يقف عليه الا اطباء والبيطرة فيثبت لقوله عز وجل فاستلوا أهل الذكر ان كنتم لا تعلمون وهم في هذا الباب من أهل الذكر فيستلون وهل يشترط فيه العدد ذكر الكرخي في مختصره انه يشترط فلا يثبت الا بقول اثنين منهم من أهل

الشهادة وهكذا ذكر القاضي الاسدي جاني في شرحه مختصر الطحاوي وذكر شيخى الامام الزاهد علاء الدين محمد ابن أحمد السمرقندى رحمه الله في بعض مصنفاته انه ليس بشرط ويشب بقول مسلم عدل منهم وكذا ذكر الشيخ الامام الزاهد ابو المعين في الجامع الكبير من تصانيفه (وجه) هذا القول ان هذه الشهادة لا يتصل بها القضاء وانما تصحح بها الخصومة فقط فلا يشترط فيها العدد وهذا لان شرط العدد في الشهادة ثبت تعبدًا غير معقول المعنى لان رجحان جانب الصدق على جانب الكذب في خبر المسلم لا يقف على عدد بل يثبت بنفس العدل الا أن الشرع ورد به تعبدًا فإيراعى فيه مورد التعبد وهو شهادة يتصل بها القضاء وهذه شهادة لا يتصل بها القضاء فبقيت على أصل القياس وحجة القول الاول النصوص المقتضية لا اعتبار العدد في عموم الشهادة والمعقول الذى ذكرناه في كتاب الشهادات ولان هذه الشهادة وان كان لا يتصل بها القضاء لكنها من ضرورات القضاء لا وجود للقضاء بدونها الا ترى انه ما لم يثبت العيب عند البائع والمشتري فالقاضي لا يقضى بالرد فكان من ضرورات القضاء فيشرط فيها العدد كما يشترط في الشهادة على اثبات العيب عند البائع وان كان مما لا يطلع عليه الا النساء فالقاضي يريهن ذلك لقوله عز وجل فاستلوا أهل الذكر ان كنتم لا تعلمون والنساء فيما لا يطلع عليه الرجال أهل الذكر ولا يشترط العدد منهن بل يكتفى بقول امرأة واحدة عدل والثنتان أحوط لان قولها فيما لا يطلع عليه الرجال حجة في الشرع كشهادة القابلة في النسب لكن لا بد من العدالة لان هذا يرجح جانب الصدق على جانب الكذب في الخبر ولا يثبت بقول المشتري وان كان يطلع عليه لان النظر الى موضع العيب مباح له لانه متهم في هذا الباب ولا تهمة فيهن ورخصة النظر ثابتة لهن حالة الضرورة على ما ذكرنا في كتاب الاستحسان فيلحق هذا بما لا يطلع عليه الا النساء قلنا وان كان لا يطلع عليه الجارية المشتراة فلا يثبت بقولها كونها متهمة وان كان في داخل فرجها فلا طريق للوقوف عليه أصلا فكان الطريق في هذين النوعين هو استحلاف البائع بالله عز وجل ليس به لئال هذا العيب (وأما) الا باق والسرقه والبول في الفراش والجنون فلا يثبت الا بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين لان هذا مما لا يوقف عليه الا بالخبر ولا ضرورة فيه فلا بد من اعتبار العدد فيه كما في سائر الشهادات فان لم يرق للمشتري حجة على اثبات العيب لئال في هذه العيوب الاربعة هل يستحلف البائع لم يذكر في الاصل وذكر في الجامع انه يستحلف في قول أبي يوسف ومحمد وسكت عن قول أبي حنيفة عن المشايخ من قال يستحلف بلا خلاف بينهم والتنصيص على قولهما لا يدل على ان أبا حنيفة مخالفهما ومنهم من قال المسئلة على الاختلاف ذكرت في النوادر وذكر الطحاوي أيضا ان عند أبي حنيفة لا يستحلف وعندهما يستحلف (وجه) قولهما ان المشتري يدعى حق الرد ولا يمكنه الرد الا باثبات العيب عند نفسه وطريق الاثبات البينة أو نكول البائع فاذا لم تقم له بينة يستحلف لينكل البائع فيثبت العيب عند نفسه ولهذا يستحلف عند عدم البينة على اثبات العيب عند البائع كذا هذا ولا بى حنيفة ان الاستحلاف يكون عقيب الدعوى على البائع ولا دعوى له على البائع الا بعد ثبوت العيب عند نفسه ولم يثبت فلم يثبت دعواه على البائع فلا يستحلف وقولهما له طريق الاثبات وهو النكول قلنا النكول بعد الاستحلاف وانعدام الدعوى يمنع الاستحلاف لان استحلاف البائع في هذه العيوب على العلم لا على البتات بالله ما يعلم ان هذا العبد أبق عند المشتري ولا سرق ولا بال على الفراش ولا جن ولا يحلف على البتات لانه حلف على غير فعله ومن حلف على غير فعله يحلف على العلم لانه لا علم له بما ليس بفعله ومن حلف على فعل نفسه يحلف على البتات أصله خبر المتنوى فان حلف لم يثبت العيب عند المشتري وان نكل يثبت عنده فيحتاج الى الاثبات عنده واذا أراد اثبات العيب عند البائع فينظر ان كان العيب مما لا يحتمل الحدوث أصلا كالا صبيغ الزائدة ونحوها ولا يحتمل حدوث مثله في مثل تلك المدة كالتسن الشاغية ونحوها ثبت كونه عند البائع بثبوت كونه عند المشتري لانه اذا لم يحتمل الحدوث أولا لا يحتمل حدوث مثله في مثل تلك المدة فقد تيقنا بكونه عند البائع وان كان مما يحتمل حدوث مثله في مثل تلك المدة لا يكتفى بثبوت كونه عند

المشتري بل يحتاج المشتري الى اثبات كونه عند البائع لانه اذا احتمل حدوث مثله في مثل تلك المدة احتمل أنه لم يكن عند البائع وحدث عند المشتري فلا يثبت حق الرد بالا احتمال فلا بد من اثباته عند البائع بالبينه وهي شهادة رجلين أو رجل وامرأتين طبيبتين كائناً أو غير طبيبتين وانما شرط العدد في هذه الشهادة لانها شهادة يقضى بها على الخصم فكان العدد فيها شرطاً كسائر الشهادات التي يقضى بها على الخصوم وروى عن أبي يوسف ان فيما لا يطالع عليه الا النساء برده بثبوت عند المشتري ولا يحتاج الى الاثبات عند البائع والمشهور من مذهب أبي يوسف ومحمد رحمهما الله انه لا يكتفى بالثبوت عند المشتري بل لابد من اثباته عند البائع وهو الصحيح لان قول النساء في هذا الباب حجة ضرورية والضرورة في القبول في حق ثبوت عند المشتري لتوجه الخصومة وليس من ضرورة ثبوت عند البائع لاحتمال الحدوث فيقبل قولهما في حق توجه الخصومة لان حق الرد على البائع واذا كان الثبوت عند البائع فيما يحدث مثله شرطاً لثبوت حق الرد فيقول القاضي هل كان هذا العيب عندك فان قال نعم رد عليه الا أن يدعى الرضا أو الالبراء وان قال لا كان القول قوله الا أن يقيم المشتري البينة لان المشتري يدعى عليه حق الرد وهو ينكر فان أقام المشتري البينة على ذلك رده على البائع الا أن يدعى البائع الدفع أو الالبراء ويقيم البينة على ذلك فتندفع دعوى المشتري وان لم يكن له بينة فطلب يمين المشتري حلفه القاضي بالله سبحانه وتعالى ما رضى بهذا العيب والالبراء عنه ولا عرضه على البيع منذ رآه وان لم يدع الدفع بالرضا والالبراء فان القاضي يقضى بفسخ العقد ولا يستحلف المشتري على الرضا والالبراء والعرض على البيع عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف لا يفسخ ما لم يستحلفه بالله تعالى ما رضى بهذا العيب ولا أبرأه عنه ولا عرضه على البيع بعد ما علم به من العيب (وجه) قول أبي يوسف ان القاضي لو قضى بالفسخ قبل الاستحلاف فن الجائز أن يدعى البائع على المشتري بالدفع بدعوى الرضا والالبراء بعد القضاء بالفسخ ويقيم البينة عليه فيفسخ قضاؤه فكان الاستحلاف قبل الفسخ فيه صيانة للقضاء عن النقض وانه واجب (وجه) قولهما ان البائع اذا لم يطلب يمين المشتري فتحليف القاضي من غير طلب الخصم انشاء الخصومة والقاضي نصب لقطع الخصومة لالا نشأها وقول أبي يوسف ان في هذا صيانة قضاء القاضي عن الفسخ فنقول الصيانة حاصله بدونه لان الظاهر ان البائع لم يعلم بوجود الرضا من المشتري اذ لو علم لادعى الدفع بدعوى ولما سكنت عن دعوى الدفع عند قيام البينة دل انه لم يظهر له الرضا من المشتري فلا يدعى الدفع بعد ذلك وان لم يقيم المشتري بينة على اثبات العيب عند البائع وطلب المشتري يمينه فقباسوى العيوب الاربعة يستحلف على البتات بالله تعالى لقد بعته وسلمته وما به هذا العيب وانما يجمع بين البيع والتسليم في الاستحلاف لان الاقتصار على البيع بوجوب بطلان حق المشتري في بعض الاحوال لجواز أن يحدث العيب بعد البيع قبل التسليم فيبطل حقه فكان الاحتياط هو الجمع بينهما ومنهم من قال لا احتياط في هذا لانه لو استحلف على هذا الوجه فن الجائز حدوث العيب بعد البيع قبل التسليم فيكون البائع صادقا في يمينه لان شرط حثه وجود العيب عند البيع والتسليم جميعاً فلا يحنث بوجوده في أحدهما فيبطل حق المشتري فكان الاحتياط في هذا الاستحلاف على حاصل الدعوى بالله عز وجل ماله حق الرد بهذا العيب الذي ذكره ومنهم من قال يستحلف بالله تعالى لقد سلمته وما به هذا العيب الذي يدعى وهو صحيح لانه يدخل فيه الموجود عند البيع والحادث قبل التسليم وانما لم يستحلف على البتات لانه استحلف على فعل نفسه وهو البيع والتسليم بصفة السلامة ثم اذا حلف فان حلف برى ولا يرد عليه وان نكل يرد عليه وفسخ العقد الا اذا ادعى البائع على المشتري الرضا بالعيب أو الالبراء عنه أو العرض على البيع بعد العلم به ويقيم البينة فيبرأ ولا يرد عليه وان لم يكن له بينة وطلب تحليف المشتري يحلف عليه وان لم يطلب يفسخ العقد ولا يحلفه عند أبي حنيفة ومحمد خلافاً لأبي يوسف على ما تقدم (وأما) في العيوب الاربعة ففي الثلاثة منها وهي الاباق والسرقة والبول في الفراش يستحلف بالله تعالى ما أبق عندك منذ بلغ مبلغ الرجال وفي الجنون بالله عز وجل ما جن عندك قط وانما اختلفت هذه العيوب في كيفية

الاستحلاف لما ذكرنا فيما تقدم ان اتحاد الخالفة في العيوب الثلاثة شرط ثبوت حق الرد وليس بشرط في الجنون بل هو عيب لازم أبداً وأما كيفية الرد والفسخ بالعيب بعد ثبوته فالمبيع لا يخلو إما أن يكون في يد البائع أو في يد المشتري فان كان في يد البائع يفسخ البيع بقول المشتري رددت ولا يحتاج الى قضاء القاضي ولا الى التراضي بالاجماع وان كان في يد المشتري لا يفسخ الا بقضاء القاضي أو بالتراضي عندنا وعند الشافعي رحمه الله يفسخ بقوله رددت من غير الحاجة الى القضاء ولا الى رضا البائع وأجمعوا على ان الرد بخيار الشرط يصح من غير قضاء ولا رضا وكذلك الرد بخيار الرؤية متصل بالاختلاف بين اصحابنا (وجه) قول الشافعي رحمه الله ان هذا نوع فسخ فلا تقتصر صحتة الى القضاء ولا الى الرضا كالفسخ بخيار الشرط بالاجماع وبخيار الرؤية على أصلكم ولهذا لم يفتقر اليه قبل القبض وكذا بعده (ولنا) ان الصفقة تمت بالقبض وأحد العاقدين لا ينفرد بفسخ الصفقة بعد تمامها كالأقالة وهذا لان الفسخ يكون على حسب العقد لا نه يرفع العقد ثم العقد لا ينفك بأحد العاقدين فلا يفسخ بأحدهما من غير رضا الآخر ومن غير قضاء القاضي بخلاف ما قبل القبض لان الصفقة قبل القبض ليست بتامة بل تمامها بالقبض فكان بمنزلة القبول كأنه لم يسترد بخلاف الرد بخيار الشرط لان الصفقة غير متعقدة في حق الحكم مع بقاء الخيار فكان الرد في معنى الدفع والامتناع من القبول وبخلاف الرد بخيار الرؤية لان عدم الرؤية يمنع تمام الصفقة لانه أوجب خلافاً في الرضا فكان الرد كالرفع أهما هنا اذا الصفقة قد تمت بالقبض فلا تحتل الانفساخ بنفس الرد من غير قرينة القضاء أو الرضا والله عز وجل أعلم وأما بيان من تلزمه الخصومة في العيب فنقول والله التوفيق لخصومة في البيع تلزم البائع سواء كان حكم العقد له أو لغيره بعد ان كان من أهل ان تلزمه الخصومة الا القاضي أو أمينه كالوكيل والمضارب والشريك والمكاتب المأذون والاب والوصي لان الخصومة في العيب من حقوق العقد وحقوق العقد في هذا الباب راجعة الى العاقد اذا كان أهلاً فان لم يكن بان كان صبيهاً أو محجوراً أو عبداً محجوراً فالخصومة لا تلزمه وانما تلزم الموكل على ما ذكرنا في كتاب الوكالة وأما القاضي أو أمينه فالخصومة لا تلزمه لان الولاية للقاضي انما تثبت شرعاً نظر المن وقعه له العقد فلو لزمه العهدة لا تمتنع عن النظر خوفاً من لزوم العهدة فكان القاضي في هذا الباب بمنزلة الرسول فيه والوكيل في باب النكاح وما يلزم الوكيل من العهدة يرجع بها على الموكل والمكاتب والمأذون لا يرجعان على المولى لان الوكيل يتصرف للموكل نيابة عنه وتصرف النائب كتصرف المنوب عنه وأما المكاتب والمأذون فانما يتصرفان بطريق الاصاله لا نفسهما لا بطريق النيابة عن المولى لما عرف ان الاذن فك الحجر وازالة المانع فاذا زال الحجر بالاذن فالعبد يتصرف بمالكية نفسه فكان عاقد نفسه للمولاه والذي يقع للمولى هو حكم التصرف لا غير واذا كان عاقد نفسه كانت العهدة عليه ولو رد المبيع على الوكيل هل له أن يرده على موكله فهذا لا يخلو من ثلاثة أوجه (أما) أن يرده عليه بينة قامت على العيب وأما أن يرده عليه بنكوله وأما أن يرده عليه باقراره بالعيب فان رده عليه بينة قامت على العيب يرده على الموكل لان البينة حجة مطلقة وهونائب عنه فيلزم الموكل وان رده عليه بنكوله فكذلك لان نكوله مضاف الى الموكل لكونه مضطراً ملجأ اليه ألا ترى انه لا يملكه في الخصومة وانما جاء هذا الاضطراب من ناحية الموكل لانه هو الذي أوقعه فيه فكان مضطراً اليه وان رده عليه باقراره بالعيب بنظر ان كان عيلاً لا يحدث مثله يرده على الموكل لانه علم بثبوته عند البيع بيقين وأما ان كان عيلاً يحدث مثله لا يرده على الموكل حتى يقيم البينة فان كان رده عليه بقضاء القاضي باقراره لا يرده لان اقرار المقر يلزمه دون غيره لانه حجة قاصرة فكان حجة في حقه خاصة لا في حق موكله وان رده عليه بغير قضاء يلزم الوكيل خاصة سواء كان العيب يحدث مثله أو لا يحدث مثله لان الرد بغير قضاء وان كان فسخاً في حق العاقدين فهو بيع جديد في حق غيرهما فلا يملك الرد على الموكل كما لو اشتراه فاما المضارب والشريك فقبولهما يلزم رب المال والشريك الآخر لان حكم شركتهما تلزمهما بخلاف الوكيل والله عز وجل أعلم وأما بيان ما يمنع الرد بالعيب ويسقط به الخيار بعد ثبوته ويلزم البيع وما لا يسقط ولا يلزم فنقول والله التوفيق الذي تمتنع بأسباب (منها)

الرضا بالعيب بعد العلم به لان حق الرد لقوات السلامة المشروطة في العقد دلالة ولم يرضى بالعيب بعد العلم به دل انه
 ما شرط السلامة ولا به ثبت نظر المشتري دفعا للضرر رعيه فاذا رضى بالعيب فلم ينظر لنفسه ورضى بالضرر رعى الرضا
 نوعان صريح وما هو في معنى الصريح ودلالة أما الاول فنحو قوله رضى بالعيب أو أجزت هذا البيع أو أوجبته وما
 يجري هذا المجرى وأما الثاني فهو أن يوجد من المشتري بعد العلم بالعيب تصرف في المبيع يدل على الرضا بالعيب نحو ما
 اذا كان ثوبه باقصة أو قطعه أو سويقا فلتبه بسمن أو أرضا فبني عليها أو حنطة فطحنها أو لحما فشواه ونحو ذلك أو تصرف
 تصرفا أخرجه عن ملكه وهو عالم بالعيب أو ليس بعالم أو باعه المشتري أو وهبه وسلمه أو اعتقه أو كاتبه أو بره أو
 استولده لان الاقدام على هذه التصرفات مع العلم بالعيب دليل الرضا بالعيب ويكون العلم بالعيب وكل ذلك يبطل
 حق الرد ولو باعه المشتري ثم رده عليه بعيب فان كان قبل القبض له أن يرده على بائعه سواء كان الرد بقضاء القاضي
 أو بالتراضي بالاجماع وان كان بعد القبض فان كان قضاء القاضي له أن يرده على بائعه بلا خلاف وان كان قبله البائع
 بغير قضاء ليس له أن يرده عندنا عند الشافعي رحمه الله أن يرده (وجه) قوله ان المانع من الرد خروج السلعة
 عن ملكه فاذا عادت اليه فقد زال المانع وصار كأنه لم يخرج ولهذا اذا رده عليه بقضاء له أن يرده على بائعه وكذا اذا رده عليه
 بخيار شرط أو بخيار رؤية على أصلكم (ولنا) ان القبول بغير قضاء فسخ في حق العاقدين بيع جديد في حق غيرهما فصار
 كما لو عاد اليه بشراء ولو اشتراه لم يملك الرد على بائعه كذا هذا والدليل على أن القبول بغير قضاء بيع جديد في حق غير
 العاقدين ان معنى البيع موجود فكان شبهة الشراء قائمة فكان الرد عند التراضي بيعا لوجوده معنى البيع فيه الا أنه أعطى
 له حكم الفسخ في حق العاقدين بقي بيعا جديدا في حق غيرهما بمنزلة الشراء المبتدأ ولهذا ثبت للشفيع حق الشفعة
 وحق الشفعة انما ثبت بالبيع بخلاف الرد بقضاء القاضي لانه لم يوجد فيه معنى البيع أصلا لا لعدم التراضي فكان
 فسخا وفسخ رفع العقد من الاصل وجعله كأن لم يكن ولهذا لم يثبت للشفيع حق الشفعة وبخلاف ما قبل القبض لان
 الصفقة لا تمام لها قبل القبض ألا ترى ان حدوث العيب قبل القبض كوجوده قبل البيع فكان الرد قبل القبض في
 معنى الامتناع عن القبول كان المشتري رد ايجاب البائع ولم يقبله ولهذا لم يقتصر الرد قبل القبض الى القاضي وبخلاف
 ما اذا رده عليه بخيار شرط أو رؤية انه يرده على بائعه لان معنى البيع لم يوجد في هذا الرد ألا ترى انه يرد على بائعه من
 غير رضاه فكان فسخا وفسخا رفع العقد من الاصل كأنه لم يكن وكذا لو وطى الجارية المشتراة ولمسها الشهوة أو نظر الى
 فرجها بشهوة مع العلم بالعيب لما قلنا وكذا بدون العلم بالعيب وقال الشافعي رحمه الله ان كانت الجارية بكر افوطها
 المشتري فكذا ذلك وأما اذا كانت ثيبا فوطها بدون العلم بالعيب لا تمنع الرد بالعيب وستأتى المسئلة ان شاء الله تعالى
 ولو قبلت الجارية المشتري لشهوة فقد مر تفصيل الكلام فيه في شرط الخيار ولو استخدم المشتري بعد ما علم بالعيب
 فالقياس أن يسقط خياره وفي الاستحسان لا يسقط وقد ذكرنا وجه القياس والاستحسان في خيار الشرط ولو كان
 المشتري دابة فركبها بعد العلم بالعيب فان ركبها لحاجة نفسه يسقط خياره وان ركبها ليسقيها أو ليردها على البائع
 أو ليشترى لها علفا ففيه قياس واستحسان كما في الاستخدام وقد ذكرنا ذلك في خيار الشرط ولو ركبها لينظر الى
 سيرها بعد العلم بالعيب يكون رضا يسقط خياره وفي شرط الخيار لا يسقط والفرق بينهما قد تقدم في خيار الشرط
 وكذا لو اشترى ثوبا فلبسه بعد العلم لينظر الى طوله وعرضه بطل خياره وفي خيار الشرط لا يبطل (وجه) الفرق
 بينهما قد ذكرناه في شرط الخيار وان كان المشتري دارا فسكنها بعد ما علم بالعيب أو رم منها شيئا أو هدم يسقط خياره
 وذكر في بعض شروح مختصر الطحاوي في السكنى روايتان والحاصل ان كل تصرف يوجد من المشتري في المشتري
 بعد العلم بالعيب يدل على الرضا بالعيب يسقط الخيار ويلزم البيع والله عز وجل أعلم (ومنها) اسقاط الخيار صريحا
 أو ما هو في معنى الصريح نحو أن يقول المشتري أسقطت الخيار أو بطلته أو أزممت البيع أو أوجبته وما يجري هذا
 المجرى لان خيار العيب حقه والانسان بسبيل من التصرف في حقه استيفاء واسقاطا (ومنها) ابراء المشتري عن

العيب لان البراء اسقاط وله ولاية الاسقاط لان الخيار حقه والحل قابل للسقوط ألا ترى كيف احتمل السقوط
بالاسقاط صريحاً فإذا أسقطه يسقط (ومنها) هلاك المبيع لقوات محل الرد (ومنها) نقصانه وجملة الكلام فيه
ان نقصان المبيع لا يخلو إما أن يكون قبل القبض وإما أن يكون بعده وكل ذلك لا يخلو إما أن يكون بآفة سماوية أو بفعل
المشتري أو بفعل البائع أو بفعل المبيع أو بفعل أجنبي فإن كان قبل القبض بآفة سماوية أو بفعل المبيع فهذا وما اذا لم
يكن به عيب سواء وقد ذكرنا حكمه في بيع البات فيما تقدم ان المشتري بالخيار ثم ان كان النقصان نقصان قدر فان شاء
أخذ الباقي بحصته من الثمن وان شاء ترك وان كان نقصان وصف فان شاء أخذه بجميع الثمن وان شاء ترك لما ذكرنا
هناك وان كان بفعل البائع فكذلك الجواب فيه وفيما اذا لم يكن به عيب سواء وهو ان المشتري بالخيار ان شاء أخذه
وطرح عنه قدر النقصان الذي حصل بفعل البائع من الثمن وان شاء ترك كما اذا لم يجد به عيباً وان كان بفعل المشتري
لا خيار له و يصير قابضاً بالجناية ويقرر عليه جميع الثمن ان لم يجد به عيباً كان عند البائع على ما ذكرنا فيما تقدم وان وجد
عيباً كان عند البائع فان شاء رجع بنقصان العيب وان شاء رضى به وان قال البائع انا أخذه مع النقصان ليس للمشتري
أن يحبس به ويرجع عليه بالنقصان بل يردده عليه ويسقط جميع الثمن وسند كرا الاصل في جنس هذه المسائل في بيان
ما يمنع الرجوع بنقصان العيب وما لا يمنع هذا اذا لم يوجد من البائع منع المبيع لاستيفاء الثمن بعدما صار المشتري
قابضاً بالجناية فاما اذا وجد منه منع بعد ذلك ثم وجد المشتري به عيباً له أن يردده على البائع ويسقط عن المشتري جميع
الثمن لانه لا يمنع صار مسترد المبيع ناقضاً لذلك القبض فانتقض وجعل كان لم يكن له فكان حق الرد على البائع ويسقط
عنه جميع الثمن الا قدر ما نقص بفعله وان كان بفعل أجنبي فالمشتري بالخيار ان شاء رضى به بجميع الثمن واتبع الجاني
بالارش وان شاء ترك ويسقط عنه جميع الثمن واتبع البائع الجاني بالارش كما اذا لم يجد المشتري بها عيباً هذا اذا حدث
النقصان قبل القبض ثم وجد به عيباً فاما اذا حدث بعد القبض ثم وجد به عيباً فان حدث بآفة سماوية أو بفعل المبيع
أو بفعل المشتري لم يكن له أن يردده بالعيب عند عامة العلماء وقال مالك رحمه الله أنه يردده ويردعه ارش العيب الحادث
(وجه) قوله ان حق الرد بالعيب ثبت نظر للمشتري فلو امتنع انما تمتنع نظر للبائع والمشتري باستحقاق النظر أولى من
البائع لانه لم يدلس العيب والبائع قد دلس (ولنا) ان شرط الرد أن يكون المردود عند الرد على الصفة التي كان عليها عند
القبض ولم يوجد لانه خرج عن ملك البائع مبيعاً بعيب واحد و يعود على ملكه مبيعاً بعيين فانعدم شرط الرد فلا
يؤيد ولو كان المبيع جارية فوطئها المشتري ثم اطلع على عيب بها فان كانت بكر المردودها بالاجماع وان كانت ثيباً فكذلك
عندنا وقال الشافعي رحمه ترد (وجه) قوله انه وجد سبب ثبوت حق الرد مع شرطه وما بعد السبب وشرطه الا
الحكم (أما) السبب فهو العيب وقد وجد (وأما) الشرط فهو أن يكون المردود وقت الرد كما كان وقت القبض
وقد وجد لان الوطء لا يوجب نقصان العين اذ هو استيفاء منافع البضع فاشبهه الاستخدام بخلاف وطء البكر
لان العذرة عضومنها وقد أزالها بالوطء ولنا ان منافع البضع لها حكم الاجزاء والاعيان بدليل أنها مضمونة بالعين وغير
العين لا يضمن بالعين هو الاصل واذا قام الدليل على ان المنافع لا تضمن بالاتلاف عندنا أصلاً فكان استيفاءها في حكم
اتلاف الاجزاء والاعيان فانعدم شرط الرد فيمتنع الرد كما اذا قطع طرفها وكافي وطء البكر بخلاف الاستخدام
لانه استيفاء منفعة محضة ما لها حكم الجزء والعين ولانه لو رد الجارية وفسخ العقد رفع من الاصل من كل وجه أو من
وجه فبين ان الوطء صادف ملك البائع من كل وجه أو من وجه وانه حرام فكان المنع من الرد طريق الصيانة عن
الحرام وانه واجب وعلى هذا يخرج ما قاله أبو حنيفة رحمه الله فيما اذا اشترى رجلان شيئاً ثم اطلع على عيب به كان عند
البائع أنه لا ينفرد أحدهما بالتسخ دون صاحبه وعند أبي يوسف ومحمد ينفرد أحدهما بالتسخ وعلى هذا الخلاف لو
اشترى شيئاً على أنهما بالخيار فيه ثلاثة أيام أو اشترى شيئاً لم يراه (وجه) قوله انه رد المشتري كما اشترى فيصح كما اذا
اشترى عبد على أنه بالخيار في نصفه ثلاثة أيام فرد النصف ودلالة الوصف انه اشترى النصف لانه لما اشترى العبد جملة

واحدة كان كل واحد منهما مشتراً بنصفه وقد رد النصف فقد رد ما اشترى كما اشترى ولا يبي حنيفة رحمه الله أنه لم يوجد شرط الرد وثبوت حق الرد عند انعدام شرطه ممتنع والدليل على أنه لم يوجد شرط الرد أن الشرط أن يكون المردود على الوصف الذي كان مقبوضاً ولم يوجد لأنه قبضه غير معيب بعيب زائد فلو رده لرده وهو معيب بعيب زائد وهو عيب الشركة لأن الشركة في الأعيان عيب لأن نصف العين لا يشتري بالثمن الذي يشتري به لو لم يكن مشتركا فلم يوجد رد ما اشترى كما اشترى فلا يصح الرد فعلاً للضرر عن البائع ولهذا الواجب البائع البيع في عبء لاثنين فقبل أحدهما دون الآخر لم يصح لأن البائع لم يرض بزال ملكه إلا عن الجملة فإذا قبل أحدهما دون الآخر فقد فرق الصفقة على البائع فلم يصح دفعا للضرر عنه كذا هذا وكذلك لو كان النقصان بفعل أجنبي أو بفعل البائع بان قطع يده ووجب الإرشاء أو كانت جارية فوطئها ووجب العقر لم يكن له أن يرد بالعيب لما قلنا ولمعنى آخر يختص به وهو أن النقصان بفعل الأجنبي أو بفعل البائع يؤخذ بالإرشاء والعقر للمشتري وأنه زيادة ولهذا يمنع الرد بالعيب على ما سئد كره أن شاء الله تعالى ولو اشترى ما كولا في جوفه كالبطيخ والجوز والقثاء والخيار والرمان والبيض ونحوها فكسره فوجده فاسداً فهذا في الأصل لا يخلو عن أحد وجهين إما أن وجده كله فاسداً وإما أن وجد البعض فاسداً والبعض صحيحاً فإن وجده كله فاسداً فإن كان مالم لا ينتفع به أصلاً فالمشتري يرجع على البائع بجميع الثمن لأنه تبين أن البيع وقع باطلاً لأنه يبيع ما ليس بمال وبيع ما ليس بمال لا ينتفع به أصلاً كما إذا اشترى عبد أتم تبين أنه حر وإن كان مما يمكن الانتفاع به في الجملة ليس له أن يرده بالعيب عندنا وعند الشافعي رحمه الله أنه أن يرده (وجهه) قوله أنه لما باعه منه فقد سلطه على الكسر فكان الكسر حاصلًا بتسليط البائع فلا يمنع الرد ولنا ما ذكرنا فيما تقدم أن شرط الرد أن يكون المردود وقت الرد على الوصف الذي كان عليه وقت القبض ولم يوجد لأنه تعيب بعيب زائد بالكسر فلورده عليه لرد معيباً بعيبين فأنعدم شرط الرد وأما قوله البائع سلطه على الكسر فنعم لكن بمعنى أنه ممكن من الكسر بآثبات الملك له فيكون هو بالكسر متصرفاً في ملك نفسه لا في ملك البائع بامر له ليكون ذلك منه دلالة الرضا بالكسر وإن وجد بعضه فاسداً دون البعض ينظر أن كان الفاسد كثيراً يرجع على البائع بجميع الثمن لأنه ظهر أن البيع وقع في القدر الفاسد باطلاً لأنه تبين أنه ليس بمال وإذا بطل في ذلك القدر يفسد في الباقي كما إذا جمع بين حر وعبد وباعهما صفقة واحدة وإن كان قليلاً فكذلك في القياس وفي الاستحسان صح البيع في الكل وليس له أن يرد ولا أن يرجع فيه بشيء لأن قليل الفساد فيه مالم لا يمكن التحرز عنه أذهبه الأشياء في العادات لا تخلو عن قليل فساد فكان فيه ضرورة فيلحق ذلك القدر بالعدم ومن مشايخنا من فصل تفصيلاً آخر فقال إذا وجد كله فاسداً فإن لم يكن لقشره قيمة فالبيع باطل لأنه تبين أنه باع ما ليس بمال وإن كان لقشره قيمة كالرمان ونحوه فالبيع لا يبطل لأنه إذا كان لقشره قيمة كان القشر مالم ولكن البائع بالخيار أن شاء رضى به ناقصاً وقبل قشره وردد جميع الثمن وإن شاء لم يقبل لأنه تعيب بعيب زائد ورد على المشتري حصة المعيب جبراً لحقه وإن وجد بعضه فاسداً فعلى هذا التفصيل أيضاً لأنه أن لم يكن لقشره قيمة يرجع على البائع بمحصلته من الثمن وإن كان لقشره قيمة يرجع بحصة العيب دون القشر اعتباراً للبعض بالكل إذا كان الفاسد منه قليلاً قدر مالم لا يخلو مشله عن مثله فلا يرد ولا يرجع بشيء والله عز وجل أعلم (ومنها) الزيادة المنفصلة المتولدة من المبيع بعد القبض وجملة الكلام في الزيادة أنها لا تخلو إما أن حدثت قبل القبض وإما أن حدثت بعده وكل واحدة من الزيادة تبين لا تخلو من أن تكون متصلة أو منفصلة والمتصلة لا تخلو من أن تكون متولدة من الأصل كالولد والثمر واللبن ونحوها أو غير متولدة من الأصل كالكسب والصدقة والغلة والبيع لا يخلو إما أن يكون صحيحاً أو فاسداً (أما) الزيادة في البيع الفاسد فكأن كره في بيان حكم البيع الفاسد أن شاء الله تعالى (وأما) في البيع الصحيح فإن حدثت الزيادة قبل القبض فإن كانت متصلة متولدة من الأصل

فانها لا تمنع الرد بالعيب لان هذه الزيادة تابعة للاصل حقيقة لقيامها بالاصل فكانت مبيعة تبعاً والاصل ان ما كان تابعاً في العقد يكون تابعاً في الفسخ لان الفسخ رفع العقد فيفسخ العقد في الاصل بالفسخ فيه مقصوداً وينفسخ في الزيادة تبعاً للافساخ في الاصل وان كانت متصلة غير متولدة من الاصل فانها تمنع الرد بالعيب لان هذه الزيادة ليست بتابعة بل هي اصل بنفسها ألا ترى أنه لا يثبت حكم البيع فيها أصلاً ورأساً فلورد المبيع لكان لا يخلو اما ان يردده وحده بدون الزيادة واما ان يردده مع الزيادة لا سبيل الى الاول لانه متعذر لتعذر الفصل ولا سبيل الى الثاني لان الزيادة ليست بتابعة في العقد فلا تكون تابعة في الفسخ ولان المشتري صار قابضاً للمبيع باحداث هذه الزيادة فصار كأنها حدثت بعد القبض وحدوثها بعد القبض يمنع الرد بالعيب والله عز وجل أعلم وان كانت منفصلة متولدة من الاصل لا تمنع الرد فان شاء المشتري ردهما جميعاً وان شاء رضى بهما بجميع الثمن بخلاف ما بعد القبض عندنا انها تمنع الرد بالعيب وسند كذا الفرق ان شاء الله تعالى ولو لم يجد بالاصل عيباً ولكن وجد بالزيادة عيباً ليس له أن يرد هالان هذه الزيادة قبل القبض مبيعة تبعاً والمبيع تبعاً لا يحتمل فسخ العقد فيه مقصوداً الا اذا كان حدوث هذه الزيادة قبل القبض مما يوجب نقصاناً في المبيع كولد الجارية فله خيار الرد لكن لا للزيادة بل للنقصان ولو قبض الاصل والزيادة جميعاً ثم وجد بالاصل عيباً له ان يرددها خاصة بمحضته من الثمن بعد ما قسم الثمن على قدر الاصل وقت البيع وعلى قيمة الزيادة وقت القبض لان الزيادة انما تأخذ قسطاً من الثمن بالقبض كذلك يعتبر قبضها وقت القبض ولو لم يجد بالاصل عيباً ولكنه وجد بالزيادة عيباً فله أن يرددها خاصة بمحضتها من الثمن لانه صار لها حصة من الثمن بالقبض فيرددها بمحضتها من الثمن فان كانت الزيادة منفصلة من الاصل فانها لا تمنع الرد بالعيب لان هذه الزيادة ليست بمبيعة لعدم ثبوت حكم البيع فيها وانما هي مملوكة بسبب على حدة أو بملك الاصل فبالرد يفسخ العقد في الاصل وتبقى الزيادة مملوكة بوجود سبب الملك فيه مقصوداً أو بملك الاصل لا بالمبيع فكانت ربحاً لا ربحاً بالاختصاص الرابح بالبيع لانه فضل مال قصد استحقاقه بالبيع في عرف الشرع ولم يوجد ثم اذا رد الاصل فالزيادة تكون للمشتري بغير ثمن عند أبي حنيفة لكنها لا تطيب له لانها حدثت على ملكه الا انها ربح ما لم يضمن فلا تطيب وعند أبي يوسف ومحمد الزيادة تكون للبائع لكنها لا تطيب له وهذا اذا اختار المشتري الرد بالعيب فان رضى بالعيب واختار البيع فالزيادة لا تطيب له بلا خلاف لانها ربح ما لم يضمن ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك ولا نهى زيادة لا يقابلها عوض في عقد البيع وأنه تفسير الرابح ولو قبض المشتري المبيع مع هذه الزيادة ثم وجد بالمبيع عيباً فان كانت الزيادة هالكاً له أن يرد المبيع خاصة بجميع الثمن بلا خلاف وان كانت قائمة فكذا عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد يرد معه الزيادة (وجه) قولهما ان هذه الزيادة حدثت قبل القبض فيرددها مع الاصل ولا يبي حنيفة ان هذه الزيادة لا تتبع الاصل في حكم العقد فلا تتبعه في حكم الفسخ ولو وجد بالزيادة عيباً ليس له أن يرد هالان لانه لا حصة لهذه الزيادة من الثمن فلا تحتمل الرد بالعيب لانها لو ردت لردت بغير شيء هذا اذا حدثت الزيادة قبل القبض فاما اذا حدثت بعد القبض فان كانت متصلة متولدة من الاصل فانها لا تمنع الرد ان رضى المشتري بردها مع الاصل بلا خلاف لانها تابعة حقيقة وقت الفسخ فبالرد يفسخ العقد في الاصل مقصوداً وينفسخ في الزيادة تبعاً وان أبي أن يردده وأراد أن يأخذ نقصان العيب من البائع وأبي البائع الا الرد مع العيب ودفع جميع الثمن اختلف فيه قال أبو حنيفة رحمه الله وأبو يوسف للمشتري ان يأخذ نقصان العيب من البائع وليس للبائع ان يأخذ ذلك ويطلب الرد ويقول لأعطيك نقصان العيب ولكن رد على المبيع معيباً لا دفع اليك جميع الثمن وقال محمد رحمه الله ليس للمشتري أن يرجع بالنقصان على البائع اذا أبي ذلك وللبيع أن يقول له رد على المبيع حتى أرد اليك الثمن كله ولقب المسئلة ان الزيادة المتصلة المتولدة من الاصل بعد القبض هل تمنع الرد بالعيب اذا لم يرض صاحب الزيادة وهو المشتري برد الزيادة ويريد الرجوع بنقصان العيب عندهما يمنع وعنده لا يمنع وأصل المسئلة في النكاح اذا ازداد المهر زيادة متصلة متولدة من الاصل بعد القبض ثم ورد الطلاق قبل

الدخول انما هل تمنع التنصيف عندهما تمنع وعليها نصف القيمة يوم قبضت وعنده لا تمنع ونذكر المسئلة في النكاح وان كانت متصلة غير متولدة من الاصل تمنع الرد بالاجماع ويرجع بنقصان العيب لما ذكرناه لو رد الاصل فاما أن يردده وحده واما ان يردده مع الزيادة والرد وحده لا يمكن والزيادة ليست بتابعة في العقد فلا يمكن ان يجعلها تابعة في الفسخ الا اذا تراضيا على الرد لانه صار بمنزلة بيع جديد وان كانت الزيادة منفصلة متولدة من الاصل فانها تمنع الرد بالعيب عندنا وعند الشافعي رحمه الله لا تمنع ويرد الاصل بدون الزيادة وكذلك هذه الزيادة تمنع الفسخ عندنا من الاقالة والرد بخيار الشرط وخيار الرؤية والكلام فيه مبني على أصل ذكرناه فيما تقدم وهو ان الزيادة عندنا مبيعة تبعا لثبوت حكم الاصل فيه تبعا وبالرد بدون الزيادة يفسخ العقد في الاصل مقصودا وتبقى الزيادة في يد المشتري مبيعا مقصودا بلا ثمن ليستحق بالبيع وهذا تفسير الرابي عرف الشرع بخلاف الزيادة قبل القبض لانها لا ترد بدون الاصل أيضا احترازاً عن الربا بل ترد مع الاصل وردها مع الاصل لا يتضمن الربا ثم انما لا يرد الاصل مع الزيادة ههنا وردها كذلك اما امتناع رد الاصل بدون الزيادة فلما قلنا انه يؤدي الى الربا (وأما) رده مع الزيادة فلا نه يؤدي الى أن يكون الولد التابع بعد الرد ربح ما لم يضمن لانه يفسخ العقد في الزيادة فيعود الى البائع ولم يصل الى المشتري بمقابلته شيء من الثمن في الفسخ لانه لا حصه له من الثمن فكان الولد للبائع ربح ما لم يضمن لانه حصل في ضمان المشتري فاما الولد قبل القبض فقد حصل في ضمان البائع فلما يفسخ العقد فيه لا يكون ربح ما لم يضمن بل ربح ما ضمن وان كانت منفصلة غير متولدة من الاصل لا يمتنع الرد بالعيب ويرد الاصل على البائع والزيادة للمشتري طيبة له لما مر ان هذه الزيادة ليست بمبيعة أصلا لانعدام ثبوت حكم البيع فيها بل ملكت بسبب على حدة فأمكن اثبات حكم الفسخ فيه بدون الزيادة فيرد الاصل وينفسخ العقد فيه وتبقى الزيادة مملوكة للمشتري بوجود سبب الملك فيها شرعا فتطيب له هذا اذا كانت الزيادة قائمة في يد المشتري فاما اذا كانت هالكة فهلا كهل لا يخلو من أن يكون باقة سميوية أو بفعل المشتري أو بفعل أجنبي فان كان باقة سميوية له أن يرد الاصل بالعيب وتجعل الزيادة كانه لم تكن وان كان بفعل المشتري فالبايع بالخيار ان شاء قبل ورد جميع الثمن وان شاء لم يقبل ويرد نقصان العيب سواء كان حدوث ذلك أو جب نقصان في الاصل أو لم يوجب نقصان فيه لان اتلاف الزيادة بمنزلة اتلاف جزء متصل بالاصل لكونها متولدة من الاصل وذا يوجب الخيار للبائع وان كان بفعل أجنبي ليس له أن يرد لانه يجب ضمان الزيادة على الأجنبي فيقوم الضمان مقام العين فكان عينه قائمة فيمتنع الرد ويرجع بنقصان العيب والله عز وجل أعلم (وأما) بيان ما يفسخ به العقد فالكلام ههنا يقع في موضعين أحدهما في بيان ما يفسخ به والثاني في بيان شرائط جواز الفسخ أما الاول فنوعان اختياري وضروري فالاختياري نحو قوله فسخته أو نفضته أو ردته وما هو في معناه والضروري هلاك المقود عليه قبل القبض (وأما) شرائط جواز الفسخ فمنها سقوط الخيار لان البيع يلزم بسقوط الخيار فيخرج عن احتمال الفسخ ومنها علم صاحبه بالفسخ بلا خلاف بين أصحابنا سواء كان بعد القضاء أو قبله بخلاف خيار الشرط والرؤية وهل يشترط له القضاء أو الرضا ان كان قبل القبض لا يشترط له قضاء القاضي ولا رضا البائع وان كان بعد القبض يشترط له القضاء أو الرضا وقد ذكرنا الفرق فيما تقدم ومنها ان لا يتضمن الفسخ تفرق الصفقة على البائع قبل التمام فان تضمن لا يجوز إلا أن يرضى به البائع لان تفرق الصفقة على البائع قبل التمام اضراره على ما ذكرنا والضرر واجب الدفع ما مكن إلا أن يرضى به البائع لان الضرر المرضى به من جهة المتضرر لا يجب دفعه وعلى هذا يخرج ما اذا وجد المشتري المبيع معيبا فأراد رد بعضه دون بعض قبل القبض وجملة الكلام فيه ان المبيع لا يخلو اما ان يكون شيئا واحدا حقيقة وتقديرا كالعبد والثوب والدار والكرم والمكيل والموزون والمعدود المتقارب في وعاء واحد أو صبرة واحدة واما ان يكون أشياء متعددة كالعبدين والثوبين والدابتين والمكيل والموزون والمعدود في وعاءين أو صبرتين وكل شيئين ينتفع بأحدهما فبما وضع له بدون الآخر (وأما) أن يكون شيئين حقيقة وشيئا واحدا تقديرا كالخفين والعللين والمكبين

ومصر اعى الباب وكل شىء لا ينتفع بأحد هما فيها وضع له بدون الآخر فلا يخلو اما أن يكون المشتري قبض كل المبيع
واما أن لم يقبض شيأ منه واما أن قبض البعض دون البعض والحادث في المبيع لا يخلو اما أن يكون عيباً أو استحقاقاً
اما العيب فإن وجد به بعض المبيع قبل القبض لشيء منه فالمشتري بالخيار أن شاء رضى بالكل ولزمه جميع الثمن وإن
شاء رد الكل وليس له أن يرد المبيع خاصة بمحضته من الثمن سواء كان المبيع شيئاً واحداً أو أشياء لان الصفقة لا تمام
لها قبل القبض وتفرق الصفقة قبل تمامها باطل والدليل على أن الصفقة لا تتم قبل القبض ان الموجود قبل القبض
أصل العقد والملك لا صفة التأكيد ألا ترى انه يحتمل الانقراض بهلاك الموقوف عليه وهو انه عدم التأكيد واذ قبض
وقع الامر عن الانقراض بالهلاك فكان حصول التأكيد بالقبض والتأكيد اثبات من وجه أوله شبهة الاثبات
وكذا ملك التصرف يقف على القبض فيدل على نقصان الملك قبل القبض ونقصان الملك دليل نقصان العقد وكذا
المشتري اذا وجد بالمبيع عيباً يفسخ البيع بنفس الرد من غير الحاجة الى قضاء القاضي ولا الى التراضى ولو كانت
الصفقة تامة قبل القبض لما احتل الانقراض بنفس الرد كما بعد القبض فيثبت بهذه الدلائل ان الصفقة ليست بتامة
قبل القبض والدليل على أنه لا يجوز تفرق الصفقة على البائع قبل تمامها ان التفرق اضار بالبائع والضرر واجب
الدفع ما مكن وبين الضرر ان المبيع لا يخلو اما أن يكون شيئاً واحداً واما أن يكون أشياء حقيقة شيئاً واحداً تقديراً
والتفرق تضمن الشركة والشركة في الاعيان عيب فكان التفرق عيباً وانه عيب زائد لم يكن عند البائع فيتضرر به
البائع وإن كان المبيع أشياء فالتفرق يتضمن ضرراً آخر وهو لزوم البيع في الجيد بثلث الردى لأن ضم الردى
الى الجيد والجمع بينهما في الصفقة من عادة التجار وبما للردى بواسطة الجيد فمن الجائز أن يرى المشتري العيب
بالردى فيفرضه فيلزم البيع في الجيد بثلث الردى فيتضرر به البائع فدل ان التفرق ضرراً فيجب دفعه ما مكن ولهذا
لم يحجز التفرق في القبول بأن أصاب الايجاب الى جملة قبل المشتري في البعض دون البعض دفعا للضرر عن البائع
ب لزوم حكم البيع في البعض من غير اضافة الايجاب اليه لانه ما أوجب البيع الا في الجملة فلا يصح القبول الا في الجملة
لثلا يزول ملكه من غير ازالته فيتضرر به على أن تمام الصفقة لما تعلق بالقبض كان القبض في معنى القبول من وجه
فكان رد البعض وقبض البعض تفرقاً في القبول من وجه فلا يملك إلا أن يرضى البائع برد المبيع عليه فيأخذه ويدفع
حصته من الثمن فيجوز يأخذ المشتري الباقي بمحضته من الثمن لان امتناع الرد كان لدفع الضرر عنه نظراله فاذا
رضى به فلم ينظر لنفسه وإن كان المشتري قبض بعض المبيع دون البعض فوجد به بعضه عيباً فكذلك لا يملك رد
المبيع خاصة بمحضته من الثمن سواء كان المبيع شيئاً واحداً أو أشياء وسواء وجد العيب بغير المقبوض أو بالمقبوض
في ظاهر الرواية لان الصفقة لا تتم الا قبض جميع الموقوف عليه فكان رد البعض دون البعض تفرق الصفقة قبل
التمام وانه باطل وروى عن أبي يوسف أنه اذا وجد العيب بغير المقبوض فكذلك فاما اذا وجد بالمقبوض فله أن يرده
خاصة بمحضته من الثمن فهو نظراً الى المبيع منهما أيهما كان واعتبر الآخر به فان كان المبيع غير المقبوض اعتبر
الآخر غير المقبوض فكانهما لم يقبضا جميعاً وإن كان المبيع مقبوضاً اعتبر الآخر مقبوضاً فكانه قبضهما جميعاً
لكن هذا الاعتبار ليس بسديد لانه في حد التعارض إذ ليس اعتبار غير المبيع بالمبيع في القبض وعدمه أولى من
اعتبار المبيع بغير المبيع في القبض بل هذا أولى لان الاصل عدم القبض والعمل بالأصل عند التعارض أولى
هذا اذا كان المشتري لم يقبض شيئاً من المبيع أو قبض البعض دون البعض فان كان قبض الكل ثم وجد به عيباً فان
كان المبيع شيئاً واحداً حقيقة وتقديره فكذلك الجواب ان المشتري ان شاء رضى بالكل بكل الثمن وإن شاء رد
الكل واسترد جميع الثمن وليس له أن يرد قدر المبيع خاصة بمحضته من الثمن لما ذكرنا ان فيه ازام عيب الشركة وانها
عيب حادث مانع من الرد وإن كان أشياء حقيقة شيئاً واحداً تقديره فكذلك لان افراداً أحدهما بالرد اضار بالبائع
إذ لا يمكن الانتفاع بأحدهما فيها وضع له بدون الآخر فكانا فيهما وضع له من المنفعة كشيء واحد فكان المبيع شيئاً

واحد من حيث المعنى فبالرد ثبت الشك من حيث المعنى والشركة في الاعيان عيب واذا كان لا يمكن الانتفاع
 بأحدهما بدون صاحبه فبما وضع له كان التفريق تعيبا فيعود المبيع الى البائع بسبب زائد حادث لم يكن عنده وان كان
 أشياء حقيقة وتقديرها فليس له أن يرد الكل الا عند التراضي وله أن يرد المبيع خاصة بحصته من الثمن عند أصحابنا
 الثلاثة وعند زفر والشافعي رحمهما الله ليس له ذلك بل يردهما أو يمسكهما (وجه) قولهما ان في التفريق بينهما في الرد
 اضرارا بالبائع لما ذكرنا أن ضم الردى الى الجيد في البيع من عادة التجار ليروج الردى بواسطة الجيد وقد يكون
 العيب بالردى وفيرده على البائع ويلزمه البيع في الجيد ثمن الردى وهذا اضرار بالبائع ولهذا امتنع الرد قبل القبض فكذا
 هذا (ولنا) ان ما ثبت له حق الرد وجد في أحدهما فكان له أن يرد أحدهما وهذا لان حق الرد انما يثبت لقوات
 السلامة المشروطة في العقد دلالة والثابتة مقتضى العقد على ما بينا والسلامة فانت في أحدهما فكان له رده خاصة فلم امتنع
 الرد انما يمنع لتضمنه ترقية الصفقة وتقرى الصفقة باطل قبل التمام لا بعده والصفقة قدمت قبضهما فزال المانع
 (وأما) قولهما يتضرر البائع برد الردى خاصة فتم لكن هذا ضرر مرضي به من جهته لان اقامه على بيع المبيع
 وتدليس العيب مع علمه ان الظاهر من حال المشتري أنه لا يرضى بالعيب دلالة الرضا بالرد بخلاف ما قبل القبض لانه
 لا تمام للعقد قبل القبض فلا يكون قبل القبض دلالة الرضا بالرد فكان الرد ضررا غير مرضي به فيجب دفعه وهذا
 بخلاف خيار الشرط وخيار الرؤية ان المشتري لا يملك رد البعض دون البعض سواء قبض الكل أو لم يقبض شيئا أو
 قبض البعض دون البعض وسواء كان المعقود عليه شيئا واحدا أو أشياء لان خيار الشرط والرؤية تمنع تمام الصفقة
 بدليل أنه يرد به غير قضاء ولا رضا سواء كان قبل القبض أو بعده ولو تمت الصفقة لما احتل الرد الا بقضاء القاضي
 أو التراضي دل أن هذا الخيار يمنع تمام الصفقة ولا يجوز ترقية الصفقة قبل التمام وهما بخلافه ولو قال
 المشتري انا أمسك المبيع وأخذ النقصان ليس له ذلك لان قوله أمسك المبيع دلالة الرضا بالمبيع وانه يمنع الرجوع
 بالنقصان وكذلك لو كان المبيع أشياء فوجد بالكل عيبا فأرد البعض دون البعض ان المردود ان كان مما لو كان
 العيب به وحده لكان له رده وحده كالعبدين والثوبين فله ذلك لانه اذا أمسك البعض فقد رضى بمبنيه فبطل حق
 الرد فيه لانه تبين ان صفة السلامة لم تكن مشروطة ولا مستحقة بالعقد فيه فصار كأنه كان صحيحا في الاصل ووجد
 بالآخر عيبا فيرده وان كان المردود مما لو كان العيب به وحده لكان لا يرد به كالحفنين والنعلين ونحوهما ليس له ذلك
 لما ذكرنا ان التفريق بينهما تعيب ولو اشترى عبدان فوجد بأحدهما عيبا قبل القبض فقبض المبيع وهو عالم
 بالعيب لم يكن له ان يرد وسقط خياره ولزمه العبدان لان قبض المبيع مع العلم بالعيب دليل الرضا للقبض شبه بالعقد
 فكان الرضا به عند القبض كالرضا به عند العقد ولورضى به عند العقد يسقط خياره فلزمه جميعا كذا هذا ولو قبض
 الصحيح منهما ولو كانا معينين قبض أحدهما لم يسقط خياره لانه قبض بعض المعقود عليه والصفقة لا تتم قبض
 بعض المعقود عليه وانما تتم قبض الكل فلزمه العقد في المقبوض دون الآخر لتفرقت الصفقة على البائع قبل التمام
 وتفرق الصفقة قبل التمام باطل ولا يمكن اسقاط حقه عن غير المقبوض لانه لم يرض به فسقط له الخيار على ما كان والله
 عز وجل أعلم (وأما) الاستحقاق فان استحق بعض المعقود عليه قبل القبض ولم يجز المستحق بطل العقد في
 القدر المستحق لانه تبين ان ذلك القدر لم يكن ملك البائع ولم توجد الاجازة من المالك فبطل وللمشتري الخيار في الباقي
 ان شاء رضى به بحصته من الثمن وان شاء رده سواء كان استحقاق ما استحقه يوجب العيب في الباقي أولا يوجب
 لانه اذا لم يرض المستحق فقد تفرقت الصفقة على المشتري قبل التمام فصار كعيب ظهر بالسلعة قبل القبض وذلك
 يوجب الخيار فكذا هذا وان كان الاستحقاق بعد قبض البعض دون البعض فكذلك الجواب سواء ورد
 الاستحقاق على المقبوض وعلى غير المقبوض فان كان قبض الكل ثم استحق بعضه بطل البيع في القدر المستحق
 لما قلنا ثم ينظر ان كان استحقاق ما استحق يوجب العيب في الباقي بأن كان المعقود عليه شيئا واحدا حقيقة وتقديرها

كالدرا والكرم والارض والعبد ونحوها فالمشتري بالخيار في الباقي ان شاء رضى به بحصته من الثمن وان شاء رد لان الشركة في الاعيان عيب وكذلك ان كان المعقود عليه شيئين من حيث الصورة شيئا واحدا من حيث المعنى فاستحق أحدهما فله الخيار في الباقي وان كان استحقاق ما استحق لا يوجب العيب في الباقي بأن كان المعقود عليه شيئين صورة ومعنى كالعبدين فاستحق أحدهما أو كان صبرة حنطة أو جملة وزني فاستحق بعضه فانه يلزم المشتري الباقي بحصته من الثمن لانه لا ضرر في تبعضه فلم يكن له خيار الرد والله عز وجل أعلم (وأما بيان ما يمنع الرجوع بنقصان العيب وما لا يمنع فالكلام في حق الرجوع بالنقصان في موضعين أحدهما في بيان شرائط ثبوت حق الرجوع والثاني في بيان ما يبطل به هذا الحق بعد ثبوتها وما لا يبطل (أما) الشرائط (فهي) امتناع الرد وتذره فلا يثبت مع امكان الرد حتى لو وجد به عيبا ثم أراد المشتري أن يمسك المبيع مع امكان رده على البائع ويرجع بالنقصان ليس له ذلك لان حق الرجوع بالنقصان كالحق في الرد والقدرة على الاصل تمنع المصير الى الخلف ولان امساك المبيع المعيب مع علمه بالعيب دلالة الرضا بالعيب والرضا بالعيب يمنع الرجوع بالنقصان كما يمنع الرد (ومنها) أن يكون امتناع الرد لا من قبل المشتري فان كان من قبله لا يرجع بالنقصان لانه يصير خاسرا بالمبيع بفعله ممسكا عن الرد وهذا يوجب بطلان الحق أصلا ورأسا وعلى هذا يخرج ما اذا هلك المبيع أو انتقص بأفة سهاوية أو فعل المشتري ثم علم انه يرجع بالنقصان لان امتناع الرد في الهلاك لضرورة فوات المحل وفي النقصان لا مبرر يرجع الى البائع وهو دفع ضرر زائد يلحقه بالرد ألا ترى ان للبائع أن يقول أنا أقبله مع النقصان فأدفع اليك جميع الثمن وإذا كان امتناع الرد لا مبرر يرجع اليه وهو لزوم الضرر لإياه بالرد فإذا دفع الضرر عنه بامتناع الرد لا بد من دفع الضرر عن المشتري بالرجوع بالنقصان وسواء كان النقصان يرجع الى الذات فوات جزء من العين أو لا يرجع اليه كما اذا كان المبيع جارية تبيها فوطئها المشتري أو قبلها بشهوة ثم علم بالعيب لان الرد امتنع لا من قبل المشتري بل من قبل البائع ألا ترى أن له أن يقبلها موطوءة ولو كان لها زوج عند البائع فوطئها زوجها في يد المشتري فان كان زوجها قد وطئها في يد البائع لم يرجع بالنقصان لان هذا الوطء لا يمنع الرد وامكان الرد يمنع الرجوع بالنقصان وان كان لم يطأها عند البائع فوطئها عند المشتري فان كانت بكر ارجع بالنقصان لان وطء البكر يمنع الرد بالعيب لانه يوجب نقصان العين بازالة العذرة والامتناع ههنا ليس لمعنى من قبل المشتري بل من قبل البائع فلا يمنع الرجوع بالنقصان وان كانت ثيبا لم يذكر في الاصل انه يمنع الرد أم لا وقيل لا يمنع فلا يرجع بالنقصان مع امكان الرد وكذلك كان المبيع قائما حقيقة هالكا تقديرا بأن أعطى له حكم الهلاك كما اذا كان المبيع ثوبا قطعته وخاطه أو حنطة فطحنها أو دقيقا غفزه أو لحما فشواه فانه يرجع بالنقصان لان امتناع الرد في هذه المواضع من قبل البائع ولو حدث في المبيع أو بسببه زيادة منعة من الرد كالولد والتمرة والبن والارث والعقر يرجع بالنقصان لان امتناع الرد ههنا لا من قبل المشتري بل من قبل الشرع لما ذكرنا فبقا تقدم انه لو رد الاصل بدون الزيادة لبقيت الزيادة مبيعا مقصودا بلا ثمن وهذا تفسير الرافى متعارف الشرع وحرمة الرافى ثابتة حقا للشرع ولهذا تراضيا على الرد لا يقضى بالرد لان الحرمة الثابتة حقا للشرع لا تسقط برضا العبد واذا كان امتناع الرد لمعنى يرجع الى الشرع لا الى المشتري بقي حق المشتري في وصف السلامة واجب الرعاية فكان له أن يرجع بالنقصان جبرا لحقه ولو كانت الزيادة المانعة سمنا أو عسلالته بسويق أو عصفا أو زعفرانا صبغ به الثوب أو بناء على الارض يرجع بالنقصان لان التعذر ليس من قبل المشتري ولا من قبل البائع بل من قبل الشرع ألا ترى انه ليس للبائع أن يقول أنا آخذة كذلك وتعد الرد لحق الشرع لا يمنع الرجوع بالنقصان لما ذكرنا ولو باعه المشتري أو وهبه ثم علم بالعيب لم يرجع بالنقصان لان امتناع الرد ههنا من قبل المشتري لانه بالبيع صار ممسكا عن الرد لان المشتري قام مقامه فصار مبطالا للرد الذي هو الحق فلا يرجع بشئ وكذلك لو كاتبه لانها توجب صيرورة العبد حرا ايدافصار بالكتابة ممسكا عن الرد فأشبهه البيع وكذلك لو أعتقه على مال ثم وجد به عيبا لان

الاعتاق على مال في حق المعتق في معنى البيع لانه أخذ العوض بمقابله والبيع يمنع الرجوع بالنقصان كذا هذا
وروى عن أبي يوسف رحمه الله انه لا يمنع ولو أعتقه على غير مال ثم وجد به عيبا فالقياس أن لا يرجع وهو قول
الشافعي رحمه الله وفي الاستحسان يرجع (وجه) القياس أن الرد امتنع بفعله وهو الاعتاق فأشبهه البيع
أو الكتابة (وجه) الاستحسان أن تعذر الرد ههنا ليس من قبل المشتري لأن الاعتاق ليس بازالة الملك بل الملك
ينتهي بالاعتاق وهذا لأن الأصل في الآدمي عدم الملك والمالية إذ الأصل فيه أن يكون حرا لأن الناس كلهم أولاد
آدم وحواء عليهما الصلاة والسلام والمتولد من الحرين يكون حرا لأن الشرع ضرب الملك والمالية عليه بعارض
الكفر مؤقتا إلى غاية الاعتاق والمؤقت إلى غاية ينتهى عند وجود الغاية فينتهي الملك والمالية عند الاعتاق فصارت كما
لو انتهت بالموت وبه تبين أن الاعتاق ليس بحبس بخلاف البيع لانه لما أخذ العوض فقد أقام المشتري مقام نفسه
فكانه استبقاه على ملكه فصار جاساياه بفعله ممسكا عن الرد فلم يرجع بالنقصان وكذلك لو دبره وأستولده ثم وجد
به عيبا يرجع بالنقصان لأن الرد لم يمنع من قبل المشتري بل من قبل الشرع ولو قتله المشتري لم يرجع بالنقصان في ظاهر
الرواية وروى عن أبي يوسف انه يرجع لأن المقتول ميت بأجله فتنتهى حياته عند القتل كما تنتهى عند الموت فصار
كالموت حثفت ألقه وهناك يرجع بالنقصان كذا ههنا (وجه) ظاهر الرواية أن فوات الحياة إن لم يكن أثر فعل
القاتل حقيقة فهو أثر فعله عادة فجعل في حق القاتل كأنه قويت الحياة حقيقة وأزالها وإن كان انتهاء حقيقة كالاتاق
على مال أنه ألحق بالبيع في حق المعتق وإن لم يكن كذلك في حق العبد فصار جاسا للعبد بصنعه ممسكا ولو كان
المبيع طعاما فكله المشتري أو ثوبه بأقله حتى تحرق لم يرجع بالنقصان في قول أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد
يرجع (وجه) قوله ما أن أكل الطعام ولبس الثوب استعمال الشيء فيما وضع له وأنه انتفاع لا اتلاف بخلاف
القتل فإنه أزال الحياة في حق القاتل فكان حبسا وامساكا (وجه) قول أبي حنيفة عليه الرحمة أن المشتري بأكل
الطعام ولبس الثوب أخرجهما عن ملكه حقيقة إذ الملك فيهما ثابت مطلقا لمؤقتا بخلاف العبد فأشبهه القتل ولو
استهلك الطعام أو الثوب بسبب آخر وراء الأكل واللبس ثم وجد به عيبا لم يرجع بالنقصان بلا خلاف لأن
استهلاكهما في غير ذلك الوجه إبطال محض فيشبهه القتل ولو أكل كل بعض الطعام ثم وجد به عيبا ليس له أن يرد الباقي
ولأن يرجع بالنقصان عند أبي حنيفة لأن الطعام كله شيء واحد بمنزلة العبد وقد امتنع رد بعضه بمعنى من قبل المشتري
فيبطل حقه أصلا في الرد والرجوع كالموت ولو باع بعض الطعام دون بعض وروى عن أبي يوسف انه قال يرد الباقي
ويرجع بأرش الكل المأكول والباقي إذا رضى البائع أن يأخذ الباقي بمحضته من الثمن وروى عن محمد انه قال يرد
الباقي ويرجع بنقصان العيب فيما أكل لانه ليس في تبعض الطعام ضرر فيمكن رد البعض فيه دون البعض وليس
للبيع أن يمنع عن ذلك وبه كان يفتي الفقيه أبو جعفر وهو اختيار الفقيه أبي الليث ولو باع بعض الطعام دون البعض
لم يرد الباقي ولا يرجع بالنقصان عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر يرد الباقي ويرجع بنقصان العيب إذا رضى البائع أن
يأخذ الباقي بمحضته من الثمن (وجه) قول زفر أن امتناع الرد والرجوع بالنقصان لأجل البيع وأنه وجد في البعض
دون البعض فيمتنع في البعض دون البعض لأن الأصل أن يكون الامتناع بقدر المانع (ولنا) ما ذكرنا أن الطعام
كله شيء واحد كالعبد فالامتناع في البعض لمعنى من قبل المشتري يوجب الامتناع في الكل ولو كان المبيع دارا
فبناها مسجدا ثم أطلع على عيب لم يرجع بالنقصان لانه لما بناها مسجدا فقد أخرجه عن ملكه فصار كالموت ولو باعها ولو
اشتري ثوبا وكفن به ميتا ثم أطلع على عيب به فان كان المشتري وارث الميت وقد اشتري من التركة يرجع بالنقصان
لأن الملك في الكفن لم يثبت للمشتري وإنما يثبت للميت لأن الكفن من الحوائج الأصلية للميت وقد امتنع رده
بالعيب لا من قبل المشتري فكان له أن يرجع بالنقصان وإن كان المشتري أجنبيا فبشرع بالكفن لم يرجع بالنقصان
لأن الملك في المشتري وقع له فاذا كفن به فقد أخرجه عن ملكه بالتكفين فأشبهه البيع والله عز وجل أعلم (ومنها)

عدم وصول عوض المبيع الى المشتري مع تعذر الرد في ظاهر الرواية فان وصل اليه عوضه بأن قتله أجنبي في يده خطأ لا يرجع بالنقصان وان تعذر رده على البائع وروى عن أبي يوسف ومحمد أنه يرجع بالنقصان لأنه لم يصل اليه حقيقة العيب وانما وصل اليه قيمة المعيب فكان به أن يرجع بمقدار العيب والصحيح جواب ظاهر الرواية لأنه لما وصل اليه قيمته قامت القيمة مقام العين فكانها قائمة في يده لما وصل اليه عوضه فصار كأنه باعه ولو باعه المشتري ثم اطلع على عيب به لم يرجع بالنقصان كذا هذا ومنها عدم الرضا بالعيب صريحا ودلالة وهي أن يتصرف في المبيع بعد العلم بالعيب تصرفا يدل على الرضا بالعيب فان ذلك يمنع ثبوت حق الرد والرجوع جميعا وقد ذكرنا التصرفات التي هي دليل الرضا بالعيب بعد العلم بالعيب فيما تقدم ولولم يعلم بالعيب حتى تصرف فيه تصرفا يمنع الرد ثم علم فان كان التصرف مما لا يخرج السالعة عن ملكه يرجع بالنقصان الا الكتابة لانعدام دلالة الرضا وفي الكتابة يرجع لانها في معنى البيع على ما مر وان كان التصرف مما يخرج السالعة عن ملكه كالبيع ونحوه لا يرجع بالنقصان الا الاعتاق لا على مال استحسانا على ما ذكرنا فيما تقدم (وأما) بيان ما يبطل به حق الرجوع بعد ثبوته وما لا يبطل لحق الرجوع يبطل بصرح الابطال وما يجري مجرى الصريح نحو قوله أبطلته أو أسقطته أو أبرأتك عنه وما يجري هذا المجرى لان خيار الرجوع حقه كخيار الرد لثبوته بالشرط وهي السلامة المشروطة في العقد لدلالة الخلاف خيار الرؤية والانسان بسبيل من التصرف في حقه استيفاء واسقاطا ويسقط أيضا بالرضا بالعيب وهو نوعان صريح وما يجري مجرى الصريح ودلالة فالصريح هو أن يقول رضيت بالعيب الذي به أو اخترت أو أجزت البيع وما يجري مجراه والدلالة هي أن يتصرف في المبيع بعد العلم بالعيب تصرفا يدل على الرضا بالعيب كما اذا انتقص المبيع في يد المشتري وامتنع الرد بسبب النقصان ووجب الارش ثم تصرف فيه تصرفا أخرجه عن ملكه بأن باعه أو وهب وسلم أو أعتق أو دبر أو استولد مع العلم بالعيب لان التصرف المخرج عن الملك مع العلم بالعيب دلالة الامساك عن الرد وذاد دليل الرضا بالعيب فيبطل حق الرجوع ولو امتنع الرد بسبب الزيادة المنفصلة المتولدة من الاصل كالولد وغيره أو الحاصلة بسبب الاصل غير المتولدة منه كالارش والعقروا الزيادة المتصلة غير المتولدة كالصبغ ونحو ذلك ثم تصرف تصرفا أخرجه عن ملكه لا يبطل حق الرجوع بالارش بل يبقى الارش على حاله لان التصرف في هذه الصورة لم يقع دلالة على الامساك عن الرد لان امتناع الرد كان تابا قبله ألا ترى انه ليس للبائع خيار الاسترداد بأن يقول أنا قبله كذلك مع العيب وأرد اليك جميع الثمن واذا كان الرد ممتنعا قبل التصرف لم يكن هو بالتصرف ممسكا عن الرد فلا يكون دليل الرضا بقى الارش واجبا كما كان بخلاف الفصل الاول لان هناك لم يكن الرد ممتنعا كما ألا ترى ان للبائع أن يقبله ناقصا مع العيب فكان المشتري بتصرفه مفوتا على نفسه حق الرد فكان حاسبا للمبيع بفعله ممسكا بابه عن الرد وانه دليل الرضا بالعيب فيبطل حق الرجوع فصار الاصل في هذا الباب أن وجوب الارش اذا لم يمكن تابتا على سبيل الحتم والالزام بل كان خيار الاسترداد للبائع مع العيب فتصرف المشتري بعد ذلك تصرفا مخرجا عن الملك يوجب بطلان الارش وان كان وجوبه تابا كما بان لم يكن للبائع خيار الاسترداد فتصرف المشتري لا يبطل الارش (وجه) الفرق بين الفصلين على ما نحو ما بينا والله عز وجل أعلم وأما بيان طريق معرفة نقصان العيب فطريقه أن تقوم السالعة وليس بهاذلك العيب وتقوم وبها ذلك فينظر الى نقصان ما بين القيمتين فيرجع على بائعه بقدر ما نقصه العيب من حصته من الثمن ان كانت قيمته مثل ثمنه وان اختلفا فان كان النقصان قدر عشر القيمة يرجع على بائعه بعشر الثمن وان كان قدر خمسها يرجع بخمس الثمن مثله اذا اشترى ثوبا قيمته عشرة بشرة فاطلع على عيب به ينقصه عشر قيمته وهو درهم يرجع على بائعه بعشر الثمن وهو درهم ولو اشترى ثوبا قيمته عشرون بشرة فاطلع على عيب به ينقصه عشر القيمة وذلك درهمان فانه يرجع على البائع بعشر الثمن وذلك درهم واحد ولو كانت قيمته عشرة وقد اشتراه بعشرين والعيب ينقصه عشر القيمة وذلك درهم واحد يرجع على بائعه بعشر الثمن وذلك درهمان على هذا القياس فافهم والله عز وجل أعلم (وأما) الخيار

الثابت شرعاً لا شرطاً فهو خيار الرؤية والكلام فيه في مواضع في بيان شرعية البيع الذي فيه خيار الرؤية وفي بيان صفته وفي بيان حكمه وفي بيان شرائط ثبوت الخيار وفي بيان وقت ثبوته وفي بيان كيفية ثبوته وفي بيان ما يستقط به الخيار بعد ثبوته ويلزم البيع وما لا يستقط ولا يلزم (أما) الكلام في شرعيته فقد مر في موضعه (وأما) صفته فهي ان شراء ما لم يره المشتري غير لازم لان عدم الرؤية يمنع تمام الصفقة لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال من اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار اذا رآه ولان جهالة الوقت تؤثر في الرضا فتوجب خلافاً فيه واختلال الرضا في البيع بوجوب الخيار ولان من الجائز اعتراض الندم لما عسى لا يصلح له اذا رآه فيحتاج الى التدارك فيثبت الخيار لا مكان التدارك عند الندم نظر الى كفاية خيار الرجعة شرعاً نظر الزوج تمكينه من التدارك عند الندم كما قال تبارك وتعالى لا تدرى لعل الله يحدث بعد ذلك أمراً (وأما) بيع ما لم يره البائع فهل يلزم روى عن أبي حنيفة رحمه الله أنه كان يقول أولاً لا يلزم ويثبت له الخيار ثم رجع وقال يلزم ولا يثبت له الخيار (وجه) قوله الاول ان ما ثبت له في شراء ما لم يره المشتري وهو ما ذكرنا من المعاني موجود في بيع ما لم يره البائع فور ود الشرع بالخيار ثمة يكون ورودها ندالة (وجه) قوله الآخر ما روى ان سيدنا عثمان بن سيدنا عفان رضى الله عنهما باع أرضاً له من طلحة بن عبد الله رضى الله عنهما ولم يكونا رأياها فقبل لسيدنا عثمان رضى الله عنه غبنه فقال لي الخيار لا في بعت ما لم أراه وقيل لطلحة مثل ذلك فقال لي الخيار لا في اشتريته ما لم أراه فحكى في ذلك جبير بن مطعم فقضى بالخيار لطلحة رضى الله عنه وكان ذلك بحضور من الصحابة رضى الله عنهم ولم ينكر عليه أحد منهم فكان اجماعهم على ذلك والاعتبار بحاجب المشتري ليس بسديد لان المشتري ما لم يره مشتري على انه خير مما ظنه فيكون بمنزلة مشتري شيء على انه جيد فاذا هو ردى ومن اشترى شيئاً على انه جيد فاذا هو ردى فله الخيار وبائع شيء لم يره يبيع على انه أدون مما ظنه فكان بمنزلة بائع شيء على انه ردى فاذا هو جيد ومن باع شيئاً على انه ردى فاذا هو جيد لا خيار للبائع فلهذا افرقا (وأما) حكمه فحكم المبيع الذي لا خيار فيه وهو ثبوت الحل للمشتري في المبيع وثبوت الملك للبائع في الثمن للحال لان ركن البيع صدر مطلقاً عن شرط كان ينبغي أن يلزم الا أنه ثبت الخيار شرعاً لا شرطاً بخلاف البيع بشرط الخيار لان الخيار ثبت بنص كلام القادين فأثر في الركن بالمنع من الانعقاد في حق الحكم على ما مر والله عز وجل أعلم (وأما) شرائط ثبوت الخيار (فمنها) أن يكون المبيع مما يتعين بالتعيين فان كان مما لا يتعين بالتعيين لا يثبت فيه الخيار حتى انهما لو باعوا عينا بعين يثبت الخيار لكل واحد منهما ولو باعوا عينا بدين لا يثبت الخيار لواحد منهما ولو اشترى عينا بدين فلم يشتري الخيار ولا خيار للبائع وانما كان كذلك لان المبيع اذا كان مما لا يتعين بالتعيين لا يفسخ العقد برده لانه اذا لم يتعين للعقد لا يتعين للفسخ فيبقى العقد وقيام العقد يقتضى ثبوت حق المطالبة بمثله فاذا قبض برده هكذا الى ما لا نهاية فلم يكن الردم مفيداً بخلاف ما اذا كان عينا لان العقد يفسخ برده لانه يتعين بالعقد فيتعين في الفسخ أيضاً فكان الردم مفيداً ولان الفسخ انما يرد على المملوك بالعقد وما لا يتعين بالتعيين لا يملك بالعقد وانما يملك بالنقبض فلا يرد عليه الفسخ ولهذا ثبت خيار الرؤية في الاجارة والصلح عن دعوى المال والقسمة ونحو ذلك لان هذه العقود تنفسخ برده هذه الاشياء فيثبت فيها خيار الرؤية ولا يثبت في المهر وبدل الخلع والصلح عن دم العمد ونحو ذلك لان هذه العقود لا تحتل الا بنساخت برده هذه الاموال فصار الاصل ان كل ما يفسخ العقد فيه برده يثبت فيه خيار الرؤية وما لا فلا والفقهاء ما ذكرنا والله عز وجل أعلم (ومن هنا) عدم الرؤية فان اشتراه وهو يراه فلا خيار له لان الاصل هو لزوم العقد وانما لان ركن العقد وجد مطلقاً عن شرط الا نأمر فثبت الخيار شرعاً بالنص والنص ورد بالخيار فيما لم يره المشتري لقوله عليه الصلاة والسلام من اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار اذا رآه فبقى الخيار عند الرؤية مبقياً على الاصل وان كان المشتري لم يره وقت الشراء ولكن كان قد رآه قبل ذلك نظر في ذلك ان كان المبيع وقت الشراء على حاله التي كان عليها لم تتغير فلا خيار له لان الخيار ثبت بمعد ولا به عن الاصل بالنص الوارد في شراء ما لم يره

وهذا قد اشترى شيئاً قد رآه فلا يثبت له الخيار وإن كان قد تغير عن حاله فله الخيار لأنه إذا تغير عن حاله فقد صار شيئاً آخر
فكان مشترى شيئاً لم يره فله الخيار إذا رآه ولو اختلفا في التغير وعدمه فقال البائع لم يتغير وقال المشتري قد تغير فالقول قول
البائع لأن الأصل عدم التغير والتغير عارض فكان البائع متمسكاً بالأصل والمشتري مدعياً أمراً عارضاً فكان القول
قول البائع لكن مع يمينه لأن حق الرد أمر يجري فيه البدل والاقرار فيجري فيه الاستحلاف ولأن المشتري
بدعوى التغير يدعي حق الرد والبائع ينكر فكان القول قول المشتري ولو اختلفا فقال البائع للمشتري رأيت وقت الشراء
وقال المشتري لم أره فالقول قول المشتري لأن عدم الرؤية أصل والرؤية عارض فكان الظاهر شاهد المشتري فكان
القول قوله مع يمينه ولأن البائع بدعوى الرؤية يدعي عليه الزام العقد والمشتري ينكر فكان القول قوله ولو أراد المشتري
الرد فاختلفا فقال البائع ليس هذا الذي بعثك وقال المشتري هو ذلك بيمينه فالقول قوله أنه بيمينه وكذلك هذا في خيار
الشرط بخلاف خيار العيب فإن القول قول البائع (ووجهه) الفرق أن المشتري في خيار الرؤية والشرط بقوله هذا مالك
لا يدعي ثبوت حق الرد عليه لأن حق الرد ثابت له حتى يرد عليه من غير قضاء ولا رضا ولكنه يدعي أن هذا الذي قبضه
منه فكان اختلافهما في الحقيقة راجعاً إلى المقبوض والاختلاف متى وقع في تعيين نفس المقبوض فإن القول فيه قول
القابض وإن كان قبضه بغير حق كقبض النصب في القبض الحق أولى بخلاف العيب لأن المشتري لا ينفرد بالرد في
خيار العيب ألا ترى أنه لا يملك الرد إلا بقضاء القاضي أو التراضي فكان هو بقوله هذا مالك بيمينه مدعياً حق الرد في
هذا المعين والبائع ينكر ثبوت حق الرد فيه فكان القول قوله هذا إذا كان المشتري بصيراً فاما إذا كان أعمى فشرط
ثبوت الخيار له عدم المجلس فيما يجلس والذوق فيما يذاق والشم فيما يشم والوصف فيما يوصف وقت الشراء لأن هذه
الاشياء في حقه بمنزلة الرؤية في حق البصير فكان انعدامها شرطاً لثبوت الخيار له فإن وجد شيء منه وقت الشراء
فاشتراه فلا خيار له وكذا إذا وجدت قبل القبض ثم قبض فلا خيار له لأن وجود شيء من ذلك عند القبض في حقه
بمنزلة وجوده عند العقد كالرؤية في حق البصير بأن رآه قبل القبض ثم قبضه لأن كل ذلك دلالة الرضا بلزوم العقد على
مانذ كره أن شاء الله تعالى هذا الذي ذكرنا إذا رأى المشتري كل المبيع وقت الشراء (فاما) إذا رأى بعضه دون
البعض فجملة الكلام في جنس هذه المسائل أن المبيع لا يخلو إما أن يكون شيئاً واحداً أو أما أن يكون أشياء فإن كان شيئاً
واحداً فرأى بعضه لا يخلو (أما) أن كان ما رآه منه مقصوداً بنفسه وما لم يره منه تبعاً (وأما) أن كان كل واحد منهما
مقصوداً بنفسه فإن كان ما لم يره تبعاً لما رآه فلا خيار له سواء كان رؤيته ما رآه تفيد العلم بحال ما لم يره أو لا تفيد لأن حكم
التبع حكم الأصل فكان رؤية الأصل رؤية التبع وإن كان مقصوداً بنفسه بنظر في ذلك أن كان رؤيته ما رأى تفيد العلم
بحال ما لم يره فلا خيار له لأن المقصود العلم بحال الباقي فكأنه رأى الكل وإن كان لا يفيد العلم بحال الباقي فله الخيار
لأن المقصود لم يحصل برؤية ما رأى فكأنه لم ير شيئاً منه أصلاً فعلى هذا الأصل تخرج المسائل إذا اشترى عبد أو
جارية فرأى وجهه دون سائر أعضائه لا خيار له وإن كانت رؤيته الوجه لا تفيد العلم بما وراءه لأن الوجه أصل في
الرؤية في بني آدم وسائر الأجزاء تتبع له فيها ولورأى سائر أعضائه دون الوجه فله الخيار لأن رؤية التبع لا تكون
رؤية الأصل فكأنه لم ير شيئاً منه ولو اشترى فرساً أو بغلاً أو حماراً أو نحو ذلك فرأى وجهه لا يبرئ ابن سماعه عن
محمد أنه يسقط خياره وسوى بينه وبين الرقيق وروى عن أبي يوسف أن له الخيار ما لم يره وجهه ومؤخره وهو
الصحيح لأن الوجه والكفل كل واحد منهما مقصود في الرؤية في هذا الجنس فلم يرها فهو على خياره وإن
اشترى شاة فإن كانت نعمة حلووا باشتراؤها للقيمة أو اشترى قرة حلووا بأوقاة حلووا باشتراؤها للقيمة لا بد من النظر إلى
ضرعها وإن اشترى شاة للحم لا بد من المجلس حتى لو رآها من بعيد فهو على خياره لأن اللحم مقصود من شاة اللحم والضرع
مقصود من الحلوب والرؤية من بعيد لا تفيد العلم بهذين المقصودين والله عز وجل أعلم (وأما) البسط فإن كان مما
يختلف وجهه وظهره فرأى وجهه دون ظهره كالمنافر ونحوها لا خيار له وإن رأى الظهر دون الوجه فله الخيار كذا

روى الحسن عن أبي حنيفة ولو اشترى ثوباً واحداً فرأى ظاهره مطوياً ولم ينشره فإن كان ساذجاً ليس ينقش ولا
بذى علم فلا خيار له لأن رؤية ظاهره مطوياً تنقيد العلم بالباقي وإن كان منقشاً فهو على خياره ما لم ينشره ويرى نقشه لأن
النقش في الثوب المنقش مقصود وإن لم يكن منقشاً ولكنه ذو علم فرأى علمه فلا خيار له وإن لم يركبه ولم يرأى كله إلا
علمه فلا خيار له لأن العلم في الثوب المعلوم مقصود كالنقش في المنقش ولو اشترى داراً فرأى خارجها أو يستأنف رأى
خارجها ورؤس الأشجار فلا خيار له كذا ذكر في ظاهر الرواية لأن الدار شيء واحد وكذا البستان فكان رؤية البعض
رؤية الكل إلا أن مشايخنا قالوا إن هذا مؤول وتأويله أن لا يكون في داخل الدار بيوت وأبنية فيحصل المقصود برؤية
الخارج فاما إذا كان داخلها أبنية فلا خيار له ما لم يرد داخلها لأن الداخل هو المقصود من الدار والخارج كالتابع له بمنزلة
الثوب المعلوم إذا رأى كله إلا علمه كان له الخيار لأن العلم هو المقصود منه وذكر الكرخي أن أبا حنيفة علمه الرحمة أجاب
على عادة أهل الكوفة في زمنه فإن دورهم في زمنه كانت لا تختلف في البناء وكانت على تقطيع واحد وهيئة واحدة
وإنما كانت تختلف في الصغر والكبر والعلم به يحصل برؤية الخارج وأما الآن فلا بد من رؤية داخل الدار وهو
الصحيح لا اختلاف الأبنية في داخل الدور في زماننا اختلافاً فاحشاً برؤية الخارج لا تنقيد العلم بالداخل والله عز وجل
أعلم هذا إذا كان المشتري شيئاً واحداً فرأى بعضه فاما إن كان أشياء فرأى وقت الشراء بعضها دون البعض فلا يخلو
أما إن كان من المكيلات أو الموزونات فرأى بعضها وقت الشراء فإن كان في وعاء واحد فلا خيار له لأن رؤية البعض
فيها تنقيد العلم بالباقي فكان رؤية البعض رؤية الكل إلا إذا وجد الباقي بخلاف ما رأى فيثبت له الخيار لكن خيار
الغيب لا خيار للرؤية وإن كان في وعاءين فإن كان الكل من جنس واحد وعلى صفة واحدة اختلف المشايخ فيه قال
مشايخ بلخ له الخيار لأن اختلاف الوعاءين جعلهما كجنسين وقال مشايخ العراق لا خيار له وهو الصحيح لأن رؤية
البعض من هذا الجنس تنقيد العلم بالباقي سواء كان في وعاء واحد أو في وعاءين بعد أن كان الكل من جنس واحد وعلى
صفة واحدة فإن كان من جنسين أو من جنس واحد على صفتين فلا خيار بلا خلاف لأن رؤية البعض من جنس
وعلى وصف لا تنقيد العلم بجنس آخر وعلى وصف آخر وإن كان من العدييات المتفاوتة كالعييد والدواب والطياب
بان اشتري جماعة عبيد أو جوارى أو إبل أو بقراً أو قطع غنم أو جراب هريرى فرأى بعضها أو كلها إلا واحداً فله
الخيار بين أن يرد الكل أو يمسك الكل لأن رؤية البعض من هذا الجنس لا تنقيد العلم بما وراءه فكأنه لم ير شيئاً منه
بخلاف المكيل والموزون لأن رؤية البعض منه تنقيد العلم بالباقي ولو اشترى جماعة ثياب في جراب ورأى أطراف
الكل أو طي الكل لا خيار له إلا إذا كانت معاملة أو منقشة لأنها إذا لم تكن معاملة ولا منقشة لم يكن البعض من كل واحد
مهما مقصوداً والبعض تبعاً ورؤية البعض تنقيد العلم بحال الباقي فكان رؤية البعض رؤية الكل كما إذا اشترى
البطيخ في السريجة والمان في القفة فرأى البعض فلا خيار له لأن البعض منها ليس تبعاً للبعض بل كل واحد منها
مقصود بنفسه فرؤية البعض منها لا تنقيد العلم بالباقي لكونها متفاوتة وتفاوتاً فاحشاً فكان له الخيار وإن كان من العدييات
المتقاربة كالجوز والبيض فرأى البعض منها وذكر الكرخي أن له الخيار والحقه بالعدييات المتفاوتة لا اختلافها في
الصغر والكبر كالبطيخ والمان وذكر القاضي الإمام الأسيدي جابى رحمه الله في شرحه مختصر الطحاوى أنه لا خيار
له وهو الصحيح لأن التفاوت بين صغير البيض والجوز وكبيرهما متقارب ملحق بالعدم عرفاً وعادة وشرعاً ولهذا الحق
بالعدم في السلم حتى جاز السلم فيها عدد أعدد أصحابنا الثلاثة خلافاً لفرق فكان رؤية بعضه مع فاحل الباقي ويحتمل أن
يكون الجواب على ما ذكره الكرخي ويفرق بين هذا وبين السلم وهو أن البيض والجوز مما يتفاوت في الصغر والكبر
حقيقة والأصل في الحقائق اعتبارها إلا أن الشرع أهدر هذا التفاوت والحقه بالعدم في السلم لحاجة الناس ولا حاجة
إلى الإهدار في إسقاط الخيار فبقي التفاوت فيه معتبراً فرؤية البعض لا تحصل المقصود وهو العلم بحال الباقي فبقي الخيار
والله عز وجل أعلم ولو اشترى دهنًا في قارورة فرأى خارج القارورة فمن محمدر وإيتان روى ابن سماعه عنه أنه

لا خيار له لان الرؤية من الخارج تفيد العلم بالداخل فكأنه رآه وهو خارج وروى عنه ان له الخيار لان العلم بما في داخل القارورة لا يحصل بالرؤية من خارج القارورة لان ما في الداخل يتلون بلون القارورة فلا يحصل المقصود من هذه الرؤية وقالوا في المشتري اذا رأى المبيع في المرأة ان له الخيار وكذا في الماء وقالوا لانه لم يرعيه وانما رأى مثاله والصحيح انه رأى عين المبيع لان غير المبيع في المرأة والماء بل رآه حيث هو لكن لا على الوجه المعتاد بخلاف الله تعالى فيه الرؤية وهذا ليس ببعيد لان المقابلة ليست من شرط الرؤية فاننا نرى الله تعالى عز شأنه بلا مقابلة ولكن قد لا يحصل له العلم بهيئته لتفاوت المرأة فيعلم بأصله لا بهيئته فلذلك ثبت له الخيار لما قالوا والله عز وجل أعلم على ان في العرف لا يشتري الانسان شيئاً لم يره ليراه في المرأة أو في الماء ليحصل له العلم بهذا الطريق فلا تكون رؤيته في المرأة وان رأى عينه مسقطه للخيار وعلى هذا قالوا فيمن رأى فرج أم امرأته في الماء أو في المرأة فنظر اليه بشهوة لا ثبت له حرمة المصاهرة وكذا لا يصير مرجعاً للمرأة المطلقة طلاقاً رجعياً لما قلنا ولو اشترى سمكاً في دائرة يمكن أخذه من غير اصطلياد وحيلة حتى جاز البيع فرأى في الماء ثم أخذه قال بعضهم لا خيار له لانه رأى عين السمك في الماء وقال بعضهم له الخيار لان ما رآه كما هو لا الشئ لا يرى في الماء كما هو بل يرى أكثر مما هو فلم يحصل المقصود بهذه الرؤية وهو معرفته كما هو فله الخيار (وأما) بيان وقت ثبوت الخيار فوق ثبوت الخيار هو وقت الرؤية لا قبلها حتى لو أجاز قبل الرؤية ورضى به صريحاً بأن قال أجزت أو رضيت أو ما يجري هذا الجرى ثم رآه أن يرد له ما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام انه أثبت الخيار للمشتري بعد الرؤية فلو ثبت له الخيار الا جازة قبل الرؤية وأجاز لم يثبت له الخيار بعد الرؤية وهذا خلاف النص ولان المعتقد عليه قبل الرؤية مجهول الوصف والرضا بالشئ قبل العلم به والعلم بوجود سببه محال فكان ملحقاً بالعدم (وأما) الفسخ قبل الرؤية فقد اختلف المشايخ فيه قال بعضهم لا يجوز لانه لا خيار قبل الرؤية ولهذه الهمزة لا يجوز الفسخ وقال بعضهم يجوز وهو الصحيح لان هذا عقد غير لازم فكان محل الفسخ كالعقد الذي فيه خيار العيب وعقد الاعارة والايديع وقد خرج الجواب عن قوله انه لا خيار قبل الرؤية لانه لا خيار قبل الرؤية لان ملك الفسخ لم يثبت حكماً للخيار وانما يثبت حكماً لعدم لزوم العقد والله عز وجل أعلم (وأما) بيان كيفية ثبوت الخيار فقد اختلف المشايخ فيه قال بعضهم ان خيار الرؤية بعد الرؤية يثبت مطلقاً في جميع العمر الى أن يوجد ما يبطله فيبطل حينئذ والافيق على حاله ولا يتوقف بامكان الفسخ وهو اختيار الكرخي لان سبب ثبوت هذا الخيار هو اختلال الرضا والحكم يبق ما بقى سببه وقال بعضهم انه يثبت موقفاً الى غاية امكن الفسخ بعد الرؤية حتى لو رآه أو مكنه الفسخ ولم يفسخ يسقط خياره وان لم توجد الاسباب المسقطه للخيار على ما نذكرها ان شاء الله تعالى لان من الاسباب المسقطه للخيار الرضا والاجازة والامتناع من الفسخ بعد الامكان دليل الاجازة والرضا والله عز وجل أعلم (وأما) بيان ما يسقط به الخيار بعد ثبوته ويلزم البيع وما لا يسقط ولا يلزم فنقول والله التوفيق ما يسقط به الخيار بعد ثبوته ويلزم البيع في الاصل نوان اختياري وضروري والاختياري نوان صريح وما يجري مجرى الصريح ودلالة (أما) الصريح وما في معناه فنحوا ان يقول أجزت البيع أو رضيت أو اخترت أو ما يجري هذا الجرى سواء علم البائع بالاجازة أو لم يعلم لان الاصل في البيع المطلق هو اللزوم والامتناع لخلل في الرضا فاذا أجاز ورضى فقد زال المانع فيلزم (وأما) الدلالة فهو أن يوجد من المشتري تصرف في المبيع بعد الرؤية يدل على الاجازة والرضا نحو ما اذا قبضه بعد الرؤية لان القبض بعد الرؤية دليل الرضا بلزوم البيع لان القبض شبه بالقبض فكان القبض بعد الرؤية كالعقد بعد الرؤية وذلك دليل الرضا كذا هذا وسواء قبضه بنفسه أو وكيله بالقبض بأن قبضه الوكيل وهو ينظر اليه وكانت رؤيته كروية الموكل عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد لا يسقط خياره بقبض الوكيل مع رؤيته ولقب المسألة ان الوكيل بالقبض يملك اسقاط خيار الرؤية عنده وعندهما لا يملك وأجمعوا على أن الرسول بالقبض لا يملك وأجمعوا على أن الوكيل بالشراء يملك وكانت رؤيته كروية الموكل وأجمعوا على أن الرسول بالشراء

لا يملك ولا تكون رؤيته رؤيته المرسل ويثبت الخيار للمرسل إذا لم يره (وجه) قوله ما ان الوكيل متصرف بحكم الامر والمتصرف بحكم الامر لا يمتد الى مورد الامر وهو وكيل بالقبض لا باسقاط الخيار فلا يملك اسقاطه ولهذا لا يملك اسقاط خيار العيب ولا خيار الشرط وكذا الرسول لا يملك فكذا الوكيل ولا يحنيفة أنه وكيل بالقبض لكن قبض تام لان الوكيل بالشئ وكيل باتمام ذلك الشئ ولهذا كان الوكيل بالخصوصة وكيل بالقبض وتام القبض باسقاط الخيار لان خيار الرؤية يمنع تمام القبض ولهذا لا يملك التفريق بعد القبض لانه غير مقبوض وقد خرج الجواب عن قوله ما انه وكيل بالقبض لا باسقاط الخيار لان الوكيل عنده لا يملك ابطال الخيار مقصودا لان الموكل لا يملك ذلك فكيف يملكه الوكيل وانما يبطل في ضمن القبض بأن قبضه وهو ينظر اليه حتى لو قبضه مستورا ثم أراد بطلان الخيار لا يملكه والشئ قد ثبت ضمنا لغيره وان كان لا يثبت مقصودا كزل الوكيل وغيره بخلاف خيار العيب لانه لا يمنع تمام القبض الا ترى أنه يملك التفريق بعد القبض وكذا الرد بعد القبض بغير قضاء لم يكن رفعا للعقد من الاصل بخلاف الرد قبل القبض وبخلاف خيار الشرط لانه يثبت للاختبار والقبض وسيلة الى الاختبار فلم يصلح القبض دليل الرضا وخيار الرؤية به انما يثبت بخلاف الرضا والقبض مع الرؤية دليل الرضا على الكمال فوجب بطلان الخيار وبخلاف الرسول بالقبض لانه نائب في القبض عن المرسل فكان قبضه قبض المرسل فكان تمام القبض الى المرسل (وأما) الوكيل فأصل في نفس القبض وانما الواقع للموكل حكم فله فكان الاتمام الى الوكيل وكذا اذا تصرف فيه تصرف المالك بأن كان ثوبا قطعته أو صبغه أحمر أو أصفر أو سويقا فنته بسمن أو غسل أو أضافني عليها أو غرس أو زرع أو جارية فوطئها أو لساها بشهوة أو نظر الى فرجها عن شهوة أو دابة فركبها لحاجة نفسه ونحو ذلك لان الاقدام على هذه التصرفات دلالة الاجازة والرضا بلزوم البيع والمالك به إذ لو لم يكن به وفسخ البيع لتبين أنه تصرف في ملك الغير من كل وجه وأمن وجهه وانه حرام فجعل ذلك اجازة منه صيانة له عن ارتكاب الحرام وكذا اذا عرضه على البيع باع أو لم يبع لانه لما عرضه على البيع فقد قصد اثبات الملك اللازم للمشتري ومن ضرورته لزوم الملك له ليمكنه اثباته لغيره ولو عرض بعضه على البيع سقط خياره عند أبي يوسف وعند محمد لا يسقط والصحيح قول أبي يوسف لان سقوط الخيار ولزوم البيع بالعرض لكون العرض دلالة الاجازة والرضا ودلالة الاجازة دون صريح الاجازة ثم لو صرح بالاجازة في البعض لم يحز ولم يسقط خياره لانه من تهرى الصفقة على البائع قبل التمام فلا أن لا يسقط بدلالة الاجازة أولى وكذلك هو به سلم أو لم يسلم لان الثابت بالهبة لا يعود اليه الا بقرينة القضاء أو الرضا فكان الاقدام عليها دلالة قصد اثبات الملك اللازم فيقتضى لزوم الملك للواهب وكذا اذا رهنه وسلم أو أجره لان كل واحد منهما عقد لازم في نفسه والثابت بهما حق لازم للغير وكذا اذا كاتبه لان الكتابة عقد لازم في جانب المكاتب والثابت بهما حق لازم في حقه وكذا اذا باعه أو وهبه وسلم وكذا اذا اعتقه أو دبره أو استولده لان هذه تصرفات لازمة والثابت بهما لازم أو حق لازم فلا اقدام عليها يكون اجازة والتزاما للعقد دلالة ولو باع بشرط الخيار لنفسه لا يسقط خياره في رواية وفي رواية يسقط وهي الصحيحة لان البيع بشرط الخيار لا يكون أدنى من العرض على البيع بل فوجه ثم العرض على البيع يسقط الخيار فهذا أولى وكذا لو أخرج بعضه عن ملكه يسقط خياره عن الباقي ولزم البيع فيه لان رد الباقي تهرى الصفقة على البائع قبل التمام لان خيار الرؤية يمنع تمام الصفقة لانه يمنع تمام الرضا وكذا اذا انتقص العقود عليه بفعله والله عز وجل أعلم (وأما) الضروري فهو كل ما يسقط به الخيار ويلزم البيع من غير صنعته نحو موت المشتري عندنا خلافا للشافعي رحمه الله والمسألة قد مررت في خيار الشرط وكذا اجازة أحد الشركين فيما اشتراه ولم يراه دون صاحبه عند أبي حنيفة وقد ذكرنا المسألة في خيار العيب وكذا اذا هلك بعضه أو انتقص بأن تعيب بأفة سماوية أو بفعل أجنبي أو بفعل البائع عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله أو زاد ادعى بد المشتري زيادة منفصلة أو متصلة متولدة

أو غير متولدة على التفصيل والاتفاق والاختلاف الذي ذكرنا في خيار الشرط والعيب والاصل ان كل ما يبطل خيار الشرط والعيب يبطل خيار الرؤية إلا أن خيار الشرط والعيب يسقط بصريح الاسقاط وخيار الرؤية لا يسقط بصريح الاسقاط لا قبل الرؤية ولا بعدها أما قبلها فلماذا ذكرنا فيما تقدم أنه لا خيار قبل الرؤية لأن أو ان ثبوت الخيار هو أو ان الرؤية فقبل الرؤية لا خيار واسقاط الشيء قبل ثبوته وثبوت سببه محال وأما بعد الرؤية فلان الخيار ما ثبت باشتراط العاقدين لأن ركن العقد مطلق عن الشرط نصاً ودلالة وإنما يثبت شرعاً لحكمة فيه فكان ثابتاً حقاً لله تعالى (وأما) خيار الشرط والعيب فثبت باشتراط العاقدين أما خيار الشرط فظاهر لأنه منصوص عليه في العقد (وأما) خيار العيب فلان السلامة مشروطة في العقد دلالة والثابت بدلالة النص كالثابت بصريح النص فكان ثابتاً حقاً للعبد وما ثبت حقاً للعبد يحتمل السقوط باسقاطه مقصوداً لأن الانسان يملك التصرف في حق نفسه مقصوداً استيفاء واسقاطاً فأما ما ثبت حقاً لله تعالى فالعبد لا يملك التصرف فيه اسقاطاً مقصوداً لأنه لا يملك التصرف في حق غيره مقصوداً الكنه يحتمل السقوط بطريق الضرورة بأن يتصرف في حق نفسه مقصوداً ويتضمن ذلك سقوط حق الشرع فيسقط حق الشرع في ضمن التصرف في حق نفسه كما إذا أجاز المشتري البيع ورضي به بعد الرؤية نصاً أو دلالة مباشرة تصرف يدل على الرضا والاجازة لأنه وان ثبت حقاً للشرع لكن الشرع أثبتة نظراً للعبد حتى إذا رآه وصالح له أجازته وان لم يصلح له رده إذ الخيار هو التخيير بين الفسخ والاجازة فكان المشتري بالاجازة والرضا متصرفاً في حق نفسه مقصوداً ثم من ضرورة الاجازة لزوم العقد ومن ضرورة لزوم العقد سقوط الخيار فكان سقوط الخيار من طريق الضرورة لا بالاسقاط مقصوداً ويجوز ان يثبت الشيء بطريق الضرورة وان كان لا يثبت مقصوداً كالوكيل بالبيع اذا عزل الموكل ولم يعلم به فإنه لا ينزل ولو باع الموكل بنفسه ينزل الوكيل كذا هنا ولو باع بشرط الخيار قبل الرؤية أو عرضه على البيع أو وهبه ولم يسلم أو كان للمشتري داراً فبيعت داراً فبجانبها أخذها بالشفعة فهو على خياره لان هذه التصرفات دلالة الرضا وهذا الخيار قبل الرؤية لا يسقط بصريح الرضا بدلالة الرضا أولى أن لا يسقط وإنما يسقط بتعذر الفسخ بأن أعتق أو دبر أو باع أو أجر أو رهن وسلم أما الاعتاق والتدبير فلان كل واحد منهما وقع صحيحاً لمصادفته محلاً مملوكاً وكل واحد منهما تصرف لازم لا يحتمل النقص والفسخ فتعذر فسخ البيع لتعذر فسخهما (وأما) البيع والاجازة والرهن فلانها تصرفات لازمة أو وجب بهاملاً كالزماً أو حقلاً زماً للغير على وجه لا يملك الاسترداد فتعذر الفسخ وتعذر فسخ العقد بوجوب لزومه لان الفسخ اذا تعذر لم يكن في بقاء العقد فائدة فيسقط ضرورة ولو باع أو رهن أو أجر ثم رد عليه بعيب بقضاء القاضي أو افتك الرهن أو انقضت مدة الاجازة لا يعود الخيار كذا روى عن أبي يوسف لان خيار الرؤية بعد ما سقط لا يعود الا بسبب جديد بخلاف خيار العيب وعلى هذا اذا كاتبه أو وهبه وسلمه أو باعه بشرط الخيار للمشتري قبل الرؤية يلزم البيع لان هذه عقود لازمة أو وجبت حقوقاً لازمة (أما) الكتابة فلانها عقد لازم في حق المكاتب حتى لا يملك الفسخ من غير رضا المكاتب وكذا البيع بشرط الخيار للمشتري لانه لازم في جانب البائع (وأما) الهبة فلان الملك الثابت بهاملاً لا يحتمل العود اليه الا بقضاء أو رضا فكان في معنى اللازم واذا تعذر الفسخ بسبب هذه التصرفات وتعذر الفسخ بوجوب اللزوم ويسقط الخيار ضرورة عدم الفائدة بخلاف ما اذا باع بشرط الخيار لنفسه لانه ليس يتصرف لازم في حقه وكذا الهبة من غير تسليم والعرض على البيع والله عز وجل أعلم ثم ما ذكرنا من سقوط الخيار ولزوم البيع رضا المشتري اذا رأى كل المبيع فرضي به فأما اذا رأى بعضه دون بعض فهل يسقط خياره فتفصيل الكلام فيه على النحو الذي ذكرنا فيما اذا رأى بعض المبيع دون بعض وقت الشراء فكل ما يمنع ثبوت الخيار هناك يسقط بعد ثبوته ههنا وما لا فلا وفيما وراء ذلك لا يختلفان والله عز وجل أعلم وعلى ذلك يخرج ما اذا اشترى مغنياً في الارض كالجزر والبصل والثوم والسلق والفجل ونحوها من المغنيات في الارض فقلع بعضه ورضي بالقلوع انا لا يسقط خياره عند

أبي حنيفة حتى إنه اذا قلع الباقي كان على خياره ان شاء رد الكل وان شاء أمسك الكل وقال أبو يوسف ومحمد اذا قلع شيئاً مما يستدل به على الباقي في عظمه ورضى به المشتري فهو لازم (وجهه) قوله انه اذا قلع ما يستدل به على الباقي كان رؤية بعضه كروية كله فكأنه قلع الكل ورضى به كما اذا اشترى صبرة فرأى ظاهرها يسقط خياره كذا هذا (وجهه) قول أبي حنيفة ان هذه المغيبات مما يختلف بالصغر والكبر والجودة والرداءة اختلافاً فاحشاً فرؤية البعض منها لا تنقيد العلم بحال البقية فأشبهه الثياب وسائر العدييات المتفاوتة ولو قطع المشتري الكل بغير اذن البائع سقط خياره لانه نقص المفقود عليه بالقلع لانه كان يتم في الارض ويزيد ولا يتسارع اليه الفساد وبعد القلع لا يتم ويتسارع اليه الفساد وانتقاص المفقود عليه في يد المشتري بغير صنعه يسقط الخيار ويلزم البيع فبصنعه أولى وكذا اذا قلع بعضه بغير اذنه لانه نقص بعض المبيع وانتقاص بعض المبيع بنفسه يمنع رد الباقي فبصنعه أولى وان قلع كله باذن البائع أو بعضه أو قلع الباقي بنفسه لم يذكر الكرخي هذا الفصل وينبغي أن لا يختلف الجواب فيه على قياس قول أبي حنيفة ومحمد كما في البيع بشرط الخيار للمشتري اذا انتقص المبيع بفعل البائع انه يسقط خيار المشتري عندهما وهو قول أبي يوسف الاول وفي قوله الآخر لا يسقط وروى بشرع أبي يوسف ان المشتري اذا قلع البعض باذن البائع أو قلع الباقي بعضه أنه ينظر ان كان المغيب مما يباع بالكيل أو الوزن بعد القلع فقلع قدر ما يدخل تحت الكيل أو الوزن ورضى به يلزم البيع ويسقط خياره لان الرضا ببعض المكيل بعد رؤيته رضا بالكل لان رؤية بعضه ترفع حال الباقي الا اذا كان المقول قليلاً لا يدخل تحت الكيل فلا يسقط خياره لان قلعه والتك بمنزلة واحدة فكأنه لم يقلع منه شيئاً وان كان مما يباع عدداً كالسلق والفجل ونحوها فقلع بعضها منه فهو على خياره لان رؤية البعض منه لا تنقيد العلم بحال الباقي للتفاوت الفاحش بين الصغير والكبير من هذا الجنس فلا يحصل المقصود برؤية البعض فيبقى على خياره وقال أبو يوسف اذا اختلف البائع والمشتري في القلع فقال المشتري اني أخاف ان قلعت له لا يصلح لي ولا أقدر على الرد وقال البائع اني أخاف ان قلعت لا ترضى به فن تطوع منهما بالقلع جاز وان تشاح على ذلك ففسخ القاضى العقد بينهما لانهما اذا تشاحا فلا سبيل الى الاجبار لما في الاجبار من الاضرار فتعذر التسليم فلم يكن في بقاء العقد فائدة فيفسخ والله عز وجل أعلم هذا الذي ذكرنا بيان ما يسقط به الخيار بعد ثبوته في حق البصير فأما الاعمى اذا اشترى شيئاً وثبت له الخيار فان خياره يسقط بما ذكرنا من الاسباب المستقطعة لكن بعد ما وجد منه ما يقوم مقام الرؤية وهو الجنس فيما يحبس والدوق فيما يذاق والشم فيما يشم والوصف فيما يوصف كالدار والعقار والثمار على رؤس الاشجار ونحوها اذا كان الموصوف على ما وصف وكان ذلك في حقه بمنزلة الرؤية في حق البصير وروى عن الحسن بن زياد انه قال يوكل بصيرا بالرؤية وتكون رؤية الوكيل قائمة مقام رؤيته وروى هشام عن محمد انه يقوم من المبيع في موضع لو كان بصيرا لراه ثم يوصف له لان هذا أقصى ما يمكن ولو وصف له فرضى به ثم أبصر لا يعود الخيار لان الوصف في حقه كالحلف عن الرؤية لعجزه عن الاصل والقدرة على الاصل بعد حصول المقصود بالحلف لا يبطل حكم الحلف كمن صلى بطهارة التيمم ثم قدر على الماء ونحو ذلك ولو اشترى البصير شيئاً لم يره حتى ثبت له الخيار ثم عمى فهذا والاعمى عند الشراء سواء لانه ثبت له خيار الرؤية وهو اعمى فكانت رؤيته رؤية العميان وهي ما ذكرنا والله عز وجل أعلم (وأما) بيان ما يفسخ به العقد فالكلام في هذا الفصل في موضعين أحدهما في بيان ما يفسخ به العقد والثاني في بيان شرائط صحة الفسخ أما الاول فاني فسخ به العقد نوعان اختياري وضروري فالاختياري هو أن يقول فسخت العقد أو نقضته أو رددته وما جرى هذا الجرى والضروري أن يهلك المبيع قبل القبض (وأما) شرائط صحته فمنها قيام الخيار لان الخيار اذا سقط لزم العقد والعقد لازم لا يحتمل الفسخ ومنها أن لا يتضمن الفسخ تفريق الصفقة على البائع وان تضمن بأن رد بعض المبيع دون البعض لم يصح وكذا اذا رد البعض وأجاز البيع في البعض لم يحز سواء كان قبل قبض المفقود عليه أو بعده لان خيار الرؤية يمنع تمام الصفقة فكان هذا تفريق الصفقة

على البائع قبل تمامها وأنه باطل ومنه اعلم البائع بالفسخ عند أبي حنيفة ومحمد وأبي يوسف ليس بشرط وقد ذكرنا دلائل المسألة في خيار الشرط وأما قضاء القاضي أو التراضي فليس بشرط لصحة الفسخ بخيار الرؤية كما لا يشترط لصحة الفسخ بخيار الشرط فيصح من غير قضاء ولا رضا قبل القبض وبعده بخلاف خيار العيب وقد ذكرنا الفرق فيما تقدم والله عز وجل أعلم (وأما) البيع الفاسد فهو كل بيع فاته شرط من شرائط الصحة وقد ذكرنا شرائط الصحة في مواضعها (وأما) حكمه فالكلام في حكمه يتبع في ثلاث مواضع أحدها في بيان أصل الحكم والثاني في بيان صفته والثالث في بيان شرائطه أما أصل الحكم فهو ثبوت الملك في الجملة عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا حكم للبيع الفاسد فالبيع عنده قسمان جائز وباطل لا ثالث لهما والفاسد والباطل سواء وعندنا الفاسد قسم آخر وراه الجائز والباطل وهذا على مثال ما يقول في أقسام المشروعات أن القرض والواجب سواء وعندناهما قسمان حقيقة على ما عرف في أصول الفقه (وجه) قوله أن هذا بيع منهي عنه فلا يفيد الملك قياساً على بيع الخمر والخنزير والميتة والدم ودلالة الوصف ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لا تبيعوا الدرهم بالدرهمين ولا الصاع بالصاعين وروى أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع وشرط وروى أنه عليه الصلاة والسلام قال لعتاب بن أسيد حين بعته إلى مكة أنهم عن أربع عن بيع مالم يعضوا وعن ربح مالم يعضوا وعن شرطين في بيع وعن بيع وسلف وروى أنه عليه الصلاة والسلام قال لا تبيعوا الطعام بالطعام الا سواء بسواء ونحو ذلك والمنهي عنه يكون حراماً والحرام لا يصلح سبباً لثبوت الملك لأن الملك نعمة والحرام لا يصلح سبباً لاستحقاق النعمة ولهذا بطل بيع الخمر والخنزير والميتة والدم فكذا هذا (ولنا) أن هذا بيع مشروع فيفيد الملك في الجملة استدلالاً بأسائر البياعات المشروعة والدليل على أنه بيع أن البيع في اللغة مبادلة شيء مرغوب بشيء مرغوب مالا كان أو غير مال قال الله سبحانه وتعالى أولئك الذين اشتروا الضلالة بالهدى سمي مبادلة الضلالة بالهدى اشتراء وتجارة فقال سبحانه وتعالى فاربحت تجارتهم والتجارة مبادلة المال بالمال قال الله عز شأنه أن الله اشترى من المؤمنين أنفسهم وأموالهم بأن لهم الجنة سمي سبحانه وتعالى مبادلة النفس والأموال بالجنة اشتراء وبيعاً حيث قال تعالى في آخر الآية فاستبشروا ببيعكم الذي بايعتم به وفي عرف الشرع هو مبادلة مال متقوم بمال متقوم وقد وجد فكان بيعاً والدليل على أنه مشروع النصوص العامة المطلقة في باب البيع من نحو قوله تعالى عز وجل وأحل الله البيع وقوله عز شأنه يأيم الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ونحو ذلك مما ورد من النصوص في هذا الباب عاماً مطلقاً فنأدعي التخصيص والتقيد فعليه الدليل (ولنا) الاستدلال بدلالة الإجماع أيضاً وهو أننا أجمعنا على أن البيع الخالي عن الشروط الفاسدة مشروع ومفيد للملك وقران هذه الشروط بالبيع ذكرنا أنه مباح بالعدم إذا لم يوجد المالحق بالعدم شرعاً والعدم الأصلي سواء وإذا ألحق بالعدم في نفس البيع خالياً عن الفساد والبيع الخالي عن الفساد مشروع ومفيد للملك بالإجماع وهذا استدلال قوی (وأما) النهي فالجواب عن التعلق به أن هذا نهى عن غير البيع لا عن عينه لوجوه ثلاثة أحدها أن شرعية أصل البيع وجنسه ثبت معقول المعنى وهو أنه سبب لثبوت الاختصاص واندفاع المنازعة وأنه سبب بقاء العالم إلى حين إذ لا قوام للبشر إلا بالاكل والشرب والسكنى واللباس ولا سبيل إلى استبقاء النفس بذلك إلا بالاختصاص به واندفاع المنازعة وذلك سبب الاختصاص واندفاع المنازعة وهو البيع ولا يجوز ورود الشرع عما عرف حسنه أو حسن أصله بالعقل لأنه يؤدي إلى التناقض ولهذا لم يحجز النهي عن الإيمان بالله عز وجل وشكر النعم وأصل العبادات لثبوت حسنها بالعقل فيحمل النهي المضاف إلى البيع على غيره ضرورة والثاني أن سلم جواز ورود النهي عن البيع في الجملة لكن حمله على الغير ههنا أولى من وجهين أحدهما أنه عمل بالدلائل بقدر الامكان والثاني أن في الحمل على البيع نسخ المشروع وفي الحمل على غيره ترك العمل بحقيقة الكلام والحمل على المجاز ولا شك أن الحمل على المجاز أولى من الحمل على التناسخ لأن الحمل على المجاز من باب نسخ

الكلام ونسخ المشرعية نسخ الحكم والحكم هو المقصود والكلام وسيلة ونسخ الوسيلة أولى من نسخ المقصود
والله عز وجل أعلم (وأما) صفة هذا الحكم فنقول له صفات منها انه ملك غير لازم بل هو مستحق الفسخ فيقع
الكلام في هذه الصفة في مواضع في بيان ان الثابت بهذا البيع مستحق الفسخ وفي بيان من ملك الفسخ وفي بيان ما
يكون فسخاً وفي بيان شرط صحة الفسخ وفي بيان ما يبطل به حق الفسخ بعد ثبوته اما بيان ان الثابت بهذا البيع
أوجب الفسخ فهو ان البيع وان كان مشروعا في ذاته فالفساد مقترب به ذكر أو دفع الفساد واجب ولا يمكن الا بفسخ
العقد فيستحق فسخه لكن لغيره لا لعينه حتى لو أمكن دفع الفساد بدون فسخ البيع لا يفسخ كما اذا كان الفساد لجهالة
الاجل فأسقطاه يستقط ويبقى البيع مشروعا كما كان ولا ن اشتراط الربا وشرط الخيار مجهول وادخال الاجل
المجهول في البيع ونحو ذلك معصية والزجر عن المعصية واجب واستحقاق الفسخ يصلح زاجرا عن المعصية لانه
اذا علم أنه يفسخ فالظاهر أنه يمتنع عن المباشرة (وأما) بيان من يملك الفسخ فنقول وبالله التوفيق الفساد
لا يخلو اما ان يكون راجعا الى البطلان بالخراب والخراب وان لم يكن راجعا اليه كالبيع بشرط منفعة زائدة لا حد
العاقدين أو الى أجل مجهول والحال لا يخلو اما ان كان قبل القبض واما ان كان بعده فان كان قبل القبض فكل
واحد من العاقدين يملك الفسخ من غير رضا الاخر كيف ما كان الفساد لان البيع القاسم لا يفيد الملك قبل القبض
فكان الفسخ قبل القبض بمنزلة الامتناع عن القبول واليجاب فيملك كل واحد منهما كالفسخ بخيار شرط العاقدين
وان كان بعد القبض فان كان الفساد راجعا الى البطلان فالجواب فيه وفيما قبل القبض سواء لان الفساد راجع الى البطلان
فساد في صلب العقد ألا ترى أنه لا يمكن تصحيحه بخلاف هذا المفسد لما لا تقوم للعقد الا بالبطلان فكان الفساد قويا
فيؤثر في صلب العقد بسلب الزموم عنه فيظهر عدم الزموم في حقهما جميعا ولو لم يكن راجعا الى البطلان فقد ذكر الإمام
الاسي جاني في شرحه مختصر الطحاوي ان ولاية الفسخ لصاحب الشرط لا لصاحبه ولم يحك خلافا لان الفساد
الذي لا يرجع الى البطلان لا يكون قويا لكونه احتملا للحذف والاستقاط فيظهر في حق صاحب الشرط لا غير ويؤثر في
سلب الزموم في حقه لا في حق صاحبه وذكر الكرخي الاختلاف في المسألة فقال في قول أبي حنيفة وأبي يوسف
رحمهما الله يملك كل واحد منهما الفسخ وعلى قول محمد رحمه الله حق الفسخ ان شرط له المنفعة لا غير (وجه) قوله على
نحو ما ذكرنا ان من له شرط المنفعة قادر على تصحيح العقد بحذف المفسد واستقاطه فلو فسخه الآخر لا بطل حقه عليه
وهذا لا يجوز (وجه) قوله ان العقد في نفسه غير لازم لما فيه من الفساد بل هو مستحق الفسخ في نفسه رفعا للفساد
وقوله المفسد يمكن الحذف فنعم لكنه الى أن يحذف فهو قائم وقيامه يمنع لزوم العقد به تبين ان الفسخ من صاحبه ليس
باطال لحق صاحب الشرط لان ابطال الحق قبل ثبوته محال (وأما) بيان ما يكون فسخا لهذا العقد ففسخه بطريقين
قول وفعل فالقول هو أن يقول من يملك الفسخ فسخت أو نقضت أو رددت ونحو ذلك فيفسخ بنفس الفسخ ولا
يحتاج الى قضاء القاضي ولا الى رضا البائع سواء كان قبل القبض أو بعده لان هذا البيع انما يستحق الفسخ حقا لله
عز وجل لما في الفسخ من رفع الفساد ورفع الفساد حق الله تعالى على الخلو فيظهر في حق الكل فكان فسخاً في
حق الناس كافة فلا تقف محتمة على القضاء ولا على الرضا والفعل هو أن يرد المبيع على بائعه على أي وجه ما رده ببيع
أو هبة أو صدقة أو عارة أو ايداع بان بعه منه أو وهبه أو تصدق عليه أو أعاره منه أو أودعه اياه يرد المشتري عن
الضمان لانه يستحق الرد على البائع فعلى أي وجه ما رده يقع عن جهة الاستحقاق بمنزلة رد العارية والوديعة أنه يكون
فسخاً والوديعة بأي طريق كان الرضا قلنا كذا هذا وكذا لو باعه المشتري من وكيل البائع وسلمه اليه لان حكم البيع
يقع لموكله وهو البائع فكانه باعه للبائع ولو باعه المشتري من عبده بئمه وهو مأذون له في التجارة فان لم يكن عليه دين كان
فسخاً للبيع ولا يبرأ عن المشتري ضمانه حتى يصل الى البائع لانه اذا لم يكن عليه دين فحكم تصرفه وقبح للمولى فكان
بيعا من المولى وان كان عليه دين لا يكون فسخاً للبيع ويتقرر الضمان على المشتري لانه اذا كان عليه دين فحكم تصرفه

لا يقع للمولى فلم يكن ذلك بيعاً من المولى فصار كما اذا باعه من أجنبي ولو اشترى من عبداً ذون لسان شيئاً منه شراء فاسد أو قبضه ثم باعه من مولاة فان لم يكن عليه دين كان فسخاً للبيع لانه يكون مشترياً من المولى كانه اشتراه من مولاة ثم باعه منه فان كان عليه دين لم يكن فسخاً لانه يكون مشترياً منه لانه مولاة فكانه اشتري من أجنبي وباعه من مولاة ولو باعه المشتري من مضارب البائع لم يكن فسخاً للبيع وتقر الرضمان على المشتري بخلاف ما اذا باعه من وكيل بائعه بالشراء أنه يكون فسخاً (ووجه) الفرق ان الوكيل بالشراء يتصرف لموكله لان نفسه ألا ترى ان حكم تصرفه يقع لموكله لانه فزل منزلة البيع من الموكل وذلك فسخ فاما المضارب فتصرف لنفسه ألا ترى ان الرجح مشترك بينهما فكان بمنزلة الاجنبي ولو كان البائع وكيلاً لغيره بالشراء فاشترى المشتري شراء فاسد لموكله لم يكن فسخاً للبيع لان حكم الشراء يقع لموكله لانه وجب عليه الثمن للمشتري وتقرر على المشتري ضمان القيمة ويلتقيان قصاصاً لعدم الفائدة في الاستيفاء وتبراد ان الفضل ان كان في أحدهما فضل والله عز وجل أعلم (وأما) شرط صحة الفسخ فهو أن يكون الفسخ بمحض من صاحبه ذكره الكرخي ولم يذكر الاختلاف فيه وذكر القاضي الامام الاسيحي جابى رحمه الله في شرحه مختصر الطحاوي ان هذا شرط عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف ليس بشرط وجعله على الاختلاف في خيار الشرط والرؤية وقد ذكرنا المسئلة فيما تقدم (وأما) بيان ما يبطل به حق الفسخ ويلزم البيع ويتقرر الضمان وما لا يبطل ولا يلزم ولا يتقرر فنقول والله التوفيق الفسخ في البيع الفاسد يبطل بصريح الابطال والاسقاط بان يقول أبطلت أو أسقطت أو أوجب البيع أو الزمته لان وجوب الفسخ عنه ثبت حقا لله تعالى دفعا للفساد وما ثبت حقا لله تعالى لا يقدر العبد على اسقاطه مقصوداً كخيار الرؤية لكن قد يستقط بطريق الضرورة ان يتصرف العبد في حق نفسه مقصوداً فيتضمن ذلك سقوط حق الله عز وجل بطريق الضرورة أو يفوت محل الفسخ أو غير ذلك وبيان ذلك في مسائل المشتري شراء فاسد اذا باع المشتري أو وهبه أو تصدق به بطل حق الفسخ وعلى المشتري القيمة أو المثل لانه تصرف في محل مملوك له فنقد تصرفه ولا سبيل للبائع على بعضه لانه حصل عن تسليط منه ويطلب للمشتري الثاني لانه ملكه بعقد صحيح بخلاف المشتري الاول لانه لا يطيب له لانه ملكه بعقد فاسد فرق بين هذا وبين ما اذا دخل مسلم دار الحرب بامان فاخذ شيئاً من أموالهم بغير اذنهم وأخرجه الى دار الاسلام ثم باعه انه يصح بيعه لكن لا يطيب للمشتري كما لا يطيب للآخذ (ووجه) الفرق ان عدم الطيب في المأخوذ من الحربى بغير اذنه لكونه مأخوذاً على وجه الغدر والخيانة والمأخوذ على هذا الوجه واجب الرد على صاحبه رد للخيانة وبالبيع لم يخرج عن استحقاق الرد على مالكة لحصوله لا بتسليط من جهته بقي واجب الرد كما كان وهذا يمنع الطيب بخلاف البيع الفاسد لان انعدام الطيب للمشتري هنا لقران الفساد به ذكر كلاً لا حقيقة ولم يوجد ذلك في البيع الثاني وخرج المبيع من أن يكون مستحق الرد على البائع لحصول البيع من المشتري بتسليطه والله عز وجل أعلم ولو باعه فرد عليه بخيار شرط رؤية أو عيب بقضاء قاض وعاد على حكم الملك الاول عاد حق الفسخ لان الرد بهذه الوجود فسخ محض فكان دفعا للعقد من الاصل وجعل لانه كان لم يكن ولو اشتراه ثانياً أو عاد اليه بسبب مبتدأ لا يعود الفسخ لان الملك اختلف باختلاف السبب فكان اختلاف المالكين بمنزلة اختلاف العقدين ولو اعتهه المشتري أو دبره بطل حق الفسخ لما قلنا ولان الاعناق والتدبير كل واحد منهما تصرف لا يحتمل الفسخ بعد صحته فيوجب بطلان حق الاسترداد والفسخ ضرورة وكذلك لو استولدها لما قلنا وتصير الجارية أم ولد المشتري لان الاستيلاء قد صح لحصوله في ملكه وعلى المشتري قيمة الجارية لتعذر الرد بالاستيلاء فصار كما لو هلك في يده وهل يفرم العقد كفي البيوع أنه لا يفرم وفي الشرب وابتان والصحيح أنه لا يضمن العقر لانه وطئ ملك نفسه وقد تفرم ملكه بالاستيلاء لتعذر الرد ولو وطئها المشتري ولم يعلقها لا يبطل حق الفسخ وللبيع أن يسترد الجارية مع عقرها باتفاق الروايات فرق بين هذا وبين الجارية الموهوبة اذا وطئها الموهوب له وأعلقها ثم رجع الواهب في هبته وأخذ الجارية ان الموهوب له لا

يضمن العقر (ووجهه) الفرق ان الثابت بالهبة ملك محلل للوطء وبالرجوع لم يتبين ان حل الوطء لم يكن فكان مستمعا بملك نفسه فلا عقر عليه بخلاف البيع الفاسد لان الملك الثابت به لا يظهر في حق حل الوطء فكان الوطء حراما الا انه سقط عنه الحد للشبهة فوجب العقد وكذلك لو كاتبه لان الكتابة قد سحت لوجودها في الملك ولا سبيل للبائع الى نقضها لحصولها من المشتري بتسليط البائع فلا يكون له حق النقص عليه وعلى المشتري قيمة العبد فان أدى بدل الكتابة وعققت رعى المشتري ضمان القيمة وان عجز ورد في الرق بنظر ان كان ذلك قبل التقضاء بالقيمة على المشتري فالبائع أن يسترده لانه كان مستحق الرد قبل الكتابة لعدم لزوم الملك الا انه امتنع الرد لعارض الكتابة فان عجز ورد في الرق قبل القضاء بالقيمة فقد زال العارض والتحق بالعدم كانه لم يكن فعاد مستحق الرد على المشتري كما كان وان كان بعد ما قضى عليه بالقيمة لا سبيل للبائع على العبد لانه بالقضاء بالقيمة تقر ملك المشتري في العبد ولزم من وقت وجوده فيعود اليه لازما وملك اللازم لا يحتل الفسخ والله عز وجل أعلم وكذلك لو رهنه المشتري بطل حق الفسخ وولاية الاسترداد لما ذكرنا ولو افتكه المشتري فهو على التفصيل الذي ذكرنا في الكتابة ولو أجره سحت الاجارة لما قلنا ولكن لا يبطل حق الفسخ لان الاجارة وان كانت عقد ألا زاما الا انها تفسخ بالعدر ولا عذر أقوى من رفع الفساد فتفسخ به وسامت الاجرة للمشتري لان المنافع على أصل أصحابنا لا تقوم الا بالعقد والعقد وجد من المشتري فكانت الاجرة له وهل تطيب له ينظر ان كان قد أدى ضمان القيمة ثم أجر طابت الاجرة له لان الضمان بدل المضمون قائم مقامه فكانت الاجرة ربح ما قد ضمن وان أجر ثم أدى الضمان لا تطيب له لانها ربح ما لم يضمن ولو أوصى به سحت الوصية لما قلنا ثم ان كان الموصى حيا بعد فالبائع حق الاسترداد لان الوصية تصرف غير لازم حال حياة الموصى بل محتمل وان مات بطل حقه لان الثابت للموصى له ملك جديد بخلاف الثابت للوارث بأن مات المشتري شراء فاسدا لانه لا يبطل حق الفسخ وللبائع أن يسترد من ورثته وكذا اذا مات البائع فلورثته ولاية الاسترداد لان الثابت للوارث عين ما كان للمورث وانما هو خلفه قائم مقامه ولهذا يرد الوارث بالتعيب ويرد عليه وملك المورث مضمون الرد مستحق الفسخ بخلاف الموصى له فان الثابت ملك جديد حصل بسبب جديد ولهذا يرد بالتعيب ولا يرد عليه وأنه لم يكن مستحق الفسخ ولو زاد المبيع في يد المشتري فان كانت الزيادة متصلة متولدة من الاصل كالسمن والجمال فانها لا تمنع الفسخ لان هذه الزيادة تابعة للاصل حقيقة والاصل مضمون الرد فكذلك التبعية كما في الغصب وان كانت غير متولدة من الاصل كما اذا كان المبيع سويا فله المشتري بعسل أو سمن فانها تمنع الفسخ لانه لو فسخ اما ان يفسخ على الاصل وحده واما ان يفسخ على الاصل والزيادة جميعا لا سبيل الى الاول لتعذر الفصل ولا سبيل الى الثاني لان الزيادة لم تدخل تحت البيع لأصلا ولا تنبأ فلا تدخل تحت الفسخ وان كانت منفصلة فان كانت متولدة من الاصل كالولد واللبن والتمر لا تمنع الفسخ وللبائع أن يسترد الاصل مع الزيادة لان هذه الزيادة تابعة للاصل لكونها متولدة منه والاصل مضمون الرد فكذلك الزيادة كما في باب الغصب وكذلك لو كانت الزيادة أرشاً أو عقراً لان الارش بدل جزء قائم من الاصل حقيقة كالمتولد من الاصل والعقر بدل حاله حكم الجزء والعين فكأنه متولد من العين ثم في فصل الولد اذا كانت الجارية في يد المشتري فان نقصتها الولادة وبالولد وفاء بالنقصان ينجر بالنقصان بالولد عند أصحابنا الثلاثة خلافاً لركن في الغصب وسند كرام المسئلة في كتاب الغصب ان شاء الله تعالى وان لم تنقصها الولادة استرددها البائع ولا شيء على البائع وان نقصتها وليس بالولد وفاء بالنقصان رددها مع ضمان النقصان كما في الغصب وان هلك الولد قبل الرد لضمان على المشتري بالزيادة كما في الغصب وعليه ضمان نقصان الولادة كما في الغصب ولو استهلك المشتري الزيادة ضمن كما في الغصب ولو هلك المبيع والزيادة قائمة فالبائع أن يسترد الزيادة ويضمن قيمة المبيع وقت القبض لانها كانا مضموني الرد لانه تعذر استرداد المبيع لقوات الحبل وصار مضمون القيمة فبقى الولد على حاله مضمون

الرد كما كان وان كانت الزيادة غير متولدة من الاصل كالهبة والصدقة والكسب فانها لا تمنع الرد وللبائع أن يسترد الاصل مع الزيادة لان الاصل مضمون الرد وبالرد ينسخ العقد من الاصل فتبين ان الزيادة حصلت على ملكه الا انها لا تطيب له لانها لم تحدث في ضمانه بل في ضمان المشتري فكانت في معنى ربح ما لم يضمن ولو هلكت هذه الزيادة في يد المشتري لا ضمان عليه لان المبيع بيعاً فاسداً مضمون بالقبض والقبض لم يرد على الزيادة لأصلاً ولا تبعاً اما أصلاً فلا نعدامها عند القبض واما تبعاً فلا انها ليست بتابعة حقيقة بل هي أصل بنفسها ملكت بسبب على حدة لا بسبب الاصل وان استهلكها المشتري فكذلك عند أي جنيفة لا ضمان عليه وعندهما يضمن وأصل المسئلة في الغصب انه اذا استهلك الغاصب هذه الزيادة هل يضمن عنده لا يضمن وعندهما يضمن ونذكر المسئلة في كتاب الغصب ان شاء الله تعالى ولو هلك المبيع وهذه الزيادة قائمة في يد المشتري تقرر عليه ضمان قيمة المبيع والزيادة للمشتري تقرر ضمان القيمة بخلاف المتولد كما في الغصب والفرق بين الزيادة يذكري في الغصب ان شاء الله تعالى هذا اذا زاد المبيع في يد المشتري شراء فاسداً (فاما) اذا انتقص في يده فان كان النقصان بأفة سببية فانه لا يمنع الاسترداد وللبائع أن يأخذه مع أرش النقصان لان المبيع بيعاً فاسداً يضمن بالقبض كالمغصوب والقبض ورد عليه بجميع اجزائه فصار مضموناً بجميع اجزائه والاوصاف تضمن بالقبض وان كانت لا تضمن بالعقد كما في قبض المغصوب وكذلك اذا كان النقصان بفعل المبيع لان هذا والنقصان بأفة سببية سواء وان كان النقصان بفعل المشتري فكذلك لانه لو انتقص بغير صنعه كان مضموناً عليه فبصنعه أولى وان كان بفعل أجنبي فالبايع بالخيار ان شاء أخذ الارش من المشتري والمشتري يرجع به على الجاني وان شاء اتبع الجاني وهو لا يرجع على المشتري كما في الغصب لانه لما أخذ قيمة النقصان من المشتري فقد تقرر ملكه في ذلك الجزء من وقت البيع فيه فتبين ان الجناية حصلت على ملك متقرر له فيرجع عليه والا جني لم يملك فلا يرجع ولو قتلته أجنبي فالبايع أن يضمن المشتري قيمته حالة القبض ولا سبيل له على القاتل ويرجع المشتري على عاقلة القاتل بقيمته في ثلاث سنين فرق ههنا بين البيع وبين الغصب فانه لو قتل المغصوب في يد الغاصب قاتل فالملك بالخيار ان شاء ضمن الغاصب قيمته حالة الغصب والغاصب يرجع على عاقلة القاتل في ثلاث سنين وان شاء ضمن عاقلة القاتل بقيمته في ثلاث سنين وهم لا يرجعون على الغاصب (ووجه) الفرق ان الاجنبي جنى على ملك المشتري لانه ملك المبيع بالقبض وتقرر ملكه فيه بالجناية لا على ملك البائع فلا يملك البائع تضمينه بخلاف الغصب فان الغاصب لا يملك المغصوب الا بتضمين المغصوب منه اياه قبله لا ملك له فيه فكان القتل جنائية على ملك المالك والقبض جنائية على ملكه أيضاً فكان له خيار التضمن وان كان النقصان بفعل البائع لا شيء على المشتري لانه صار مسترداً بفعله حتى انه لو هلك المبيع في يد المشتري ولم يوجد منه حبس على البائع هلك على البائع وان وجد منه حبس ثم هلك ينظر ان هلك من سرية جنائية البائع لا ضمان على المشتري أيضاً لانه صار مسترداً بفعله وان هلك من سرية جنائية البائع فعلى المشتري ضمانه لكن يطرح منه حصة النقصان بالجناية لانه استرد ذلك القدر بجنائيه ولو قتلته البائع لا ضمان على المشتري لانه استرده بالقتل وكذلك لو حفر البائع بئراً فوقه فيه ومات لان ذلك في معنى القتل فيصير مسترداً والله عز وجل أعلم ولو كان المبيع ثوباً فقطعه المشتري وخطه قميصاً أو بطنه وحشاه بطل حق الفسخ وتقرر عليه قيمته يوم القبض والاصل في هذا ان المشتري اذا أحدث في المبيع صنعاً أو أحدثه الغاصب في المغصوب لا يقطع حق المالك بطل حق الفسخ ويتقرر رجته في ضمان القيمة والمثل كما اذا كان المبيع قطناً فغزله أو غزلاً فنسجه أو حنطه فطحنها أو سمسها أو عبا فمصره أو ساحة فبني عليها أو شاة فذبحها وشواها أو طبخها ونحو ذلك وانما كان كذلك لان القبض في البيع الفاسد كقبض الغصب ألا ترى ان كل واحد منهما مضمون الرد حال قيامه ومضمون القيمة أو المثل حال هلاكه فكل ما يوجب انقطاع حق المالك هناك يوجب انقطاع حق البيع للبائع ههنا ولو كان المبيع ثوباً فبصبغه المشتري بصبغ يزيد من الاحمر والاصفر ونحوهما ذكر

الكرخي انه ينقطع حق البائع عنه الى القيمة وروى عن محمدان البائع بالخيار ان شاء أخذه وأعطاه ما زاد الصبغ فيه وان شاء ضمنه قيمته وهو الصحيح لان القبض بحكم البيع الفاسد كقبض الغصب ثم الجواب في الغصب هكذا ان المالك بالخيار ان شاء أخذ الثوب وأعطى الغاصب ما زاد الصبغ فيه وان شاء ضمنه قيمته فكذا هذا والله عز وجل أعلم ولو كان المبيع أرضاً فبني عليها بطل حق الفسخ عند أبي حنيفة وعلى المشتري ضمان قيمتها وقت القبض وعندهما لا يبطل وينقض البناء (وجه) قولهما ان هذا القبض معتبر بقبض الغصب ثم هناك ينقض البناء فكذا ههنا ولان البناء ينقض بحق الشفيع بالاجماع وحق البائع فوق حق الشفيع بدليل ان الشفيع لا يأخذ الا بقضاء والبائع يأخذ من غير قضاء ولا رضا فلما نقض لحق الشفيع فلحق البائع أولى (وجه) قول أبي حنيفة انه لو ثبت للبائع حق الاسترداد لكان لا يخلو اما ان يسترده مع البناء أو بدون البناء لا سبيل الى الثاني لانه لا يمكن ولا سبيل الى الاول لان البناء من المشتري تصرف حصل بتسليط البائع وانه يمنع النقض كتصرف البيع والهبة ونحو ذلك بخلاف الغصب والشفعة لان هناك لم يوجد التسليط على البناء وكذا لا يمنعان نقض البيع والهبة (ومنها) ان الثابت بالبيع الفاسد ملك مضمون بالقيمة أو بالمثل لا بالمسمى بخلاف البيع الصحيح لان القيمة هي الموجب الاصل في البياعات لانها مثل المبيع في المالية الا انه يعدل عنها الى المسمى اذا سحقت التسمية فاذا لم تصبح وجب المصير الى الموجب الاصل خصوصاً اذا كان الفاسد من قبل المسمى لان التسمية اذا لم تصبح لم تثبت المسمى فصارت كأنه باع وسكت عن ذكر الثمن ولو كان كذلك كان بيعاً بقيمة المبيع لان البيع مبادلة بالمال فاذا لم يذ كر البديل صريحاً صارت القيمة أو المثل مذكوراً دلالة فكان بيعاً بقيمة المبيع أو بمثله ان كان من قبيل الامثال (ومنها) ان هذا الملك يفيد المشتري انطلاق تصرف ليس فيه انتفاع بين المملوك بلا خلاف بين أصحابنا كالبيع والهبة والصدقة والاعتاق والتدبير والكتابة والرهن والاجارة ونحو ذلك مما ليس فيه انتفاع بعين المبيع (وأما) التصرف الذي فيه انتفاع بعين المملوك كاكل الطعام ولبس الثوب وركوب الدابة وسكنى الدار والاستمتاع بالجارية فالصحيح انه لا يحل لان الثابت بهذا البيع ملك خفيث والملك الخفيث لا يفيد اطلاق الانتفاع لانه واجب الرفع وفي الانتفاع به تقرر له وفيه تقرر الفساد ولهذا لم يفسد الملك قبل القبض تحرزاً عن تقرر الفساد بالتسليم على ما ذكره في موضعه ان شاء الله تعالى ولو كان المشتري اذاً لا يثبت للشفيع فيها حق الشفعة وان كان يفيد الملك للمشتري لان حق البائع لم ينقطع والشفعة انما يجب بانقطاع حق البائع لا بثبوت الملك للمشتري ألا ترى ان من أقر ببيع داره من فلان وفلان منكر تثبت الشفعة وان لم يثبت الملك للمشتري لا تنقطع حق البائع باقراره وههنا حق البائع غير منقطع فلا تثبت الشفعة حتى لو وجد ما يوجب انقطاع حقه تجب الشفعة ولو بيعت دار بحجب الدار المشتراة شراء فاسداً تثبت الشفعة لان هذا الشراء صحيح فيوجب انقطاع حق البائع فيثبت حق الشفعة والله عز وجل أعلم ولو وطئ الجارية المشتراة شراء فاسداً فان لم يعلقها فلا عقر عليه قبل الفسخ وان فسخ العقد فعليه العقر وان أعلقها ضمن قيمة الجارية ففي وجوب العقر وايتان على ما ذكرنا (وأما) شرائطه فائتان أحدهما القبض فلا يثبت الملك قبل القبض لانه واجب الفسخ رفعا للفساد وفي وجوب الملك قبل القبض تقرر الفساد لانه اذا ثبت الملك قبل القبض يجب على البائع تسليمه الى المشتري وفي التسليم تقرر الفساد وإيجاب رفع الفساد على وجه فيه رفع الفساد متناقض والثاني أن يكون القبض باذن البائع فان قبض بغير اذنه أصلاً لا يثبت الملك بأن نهاء عن القبض أو قبض بغير محضر منه من غير اذنه فان لم ينه ولا اذن له في القبض صريحاً فقبضه بحضرة البائع ذكر في الزيارات انه يثبت الملك وذكر الكرخي في الرواية المشهورة انه لا يثبت (وجه) رواية الزيارات انه اذا قبضه بحضرة ولم ينه كان ذلك اذناً منه بالقبض دلالة مع ما ان العقد الثابت دلالة الاذن بالقبض لانه تسليط له على القبض فكأنه دليل الاذن بالقبض والاذن بالقبض قد يكون صريحاً وقد يكون دلالة كما في باب الهبة اذا قبض الموهوب له بحضرة الواهب فلم ينه صريح قبضه كذا ههنا

(وجه) الرواية المشهورة أن الأذن بالقبض لم يوجد نصاً ولا سبيلاً إلى إثباته بطريق الدلالة لما ذكرنا أن القبض
تقرير الفساد فكان الأذن بالقبض أذاً بما فيه تقرير الفساد فلا يمكن إثباته بطريق الدلالة وبه تبين أن العقد الفاسد
لا يقع تسليطاً على القبض لوجود المنافع من القبض على ما بيننا بخلاف الهبة لأن هناك لا مانع من القبض يمكن إثباته
بطريق الدلالة مادام المجلس قائماً وانما شرط المجلس لأن القبض في الهبة بمنزلة الركن فيشترط له المجلس كما يشترط
للقبول والله عز وجل أعلم (وأما) البيع الباطل فهو كل بيع فاته شرط من شرائط الانعقاد من الأهلية والحلية وغيرها
وقد ذكرنا جملة ذلك في صدر الكتاب ولا حكم لهذا البيع أصلاً لأن الحكم للموجود ولا وجود لهذا البيع إلا من
حيث الصورة لأن التصرف الشرعي لا وجود له بدون الأهلية والحلية شرعاً كالأحكام لوجود التصرف الحقيقي إلا من
الأهل في المحل حقيقة وذلك نحو بيع الميتة والدم والعذرة والبول وبيع الملاحق والمضامين وكل ما ليس بمال وكذا
بيع صيد الحرم والأحرام لأنه بمنزلة الميتة وكذا بيع الحر لأنه ليس بمال وكذا بيع أم الولد والمدر والمكاتب
والمستسعى لأن أم الولد حرة من وجه وكذا المدر فلم يكن مالا مطلقاً والمكاتب حر بدأ فلم يكن مالا على الإطلاق
والمستسعى عند أبي حنيفة بمنزلة المكاتب وعندهما حر عليه دين وكذا بيع الخنزير من المسلم لأنه ليس بمال في حق
المسلم وكذا بيع الخمر لأنها ليست بمتقومة في حق المسلم لأن الشرع أسقط تقويمها في حق المسلمين حيث أهانها
عليهم فيبطل ولا ينعقد لأنه لو انعقد ما أن ينعقد بالمسمى وأما أن ينعقد بالقيمة لا سبيلاً إلى الأول لأن التسمية لم تصح
ولا سبيلاً إلى الثاني لأنه لا قيمة له إذا تقويم يبنى عن العزة والشرع أهان المسمى على المسلم فكيف ينعقد بقيمته ولا
قيمة له وإذا لم ينعقد يبطل ضرورة ومن مشايخنا من فصل في بيع الخمر تفصيلاً فقال إن كان الثمن ديناً بأن باعها بدينار
فالباع باطل وإن كان عيناً بأن باعها بثوب ونحوه فالبيع فاسد في حق الثوب وبنعقد بقيمة الثوب لأن مقصود
العاقدين ليس هو ثلث الخمر وتلك الخمر لا تصلح للتملك والتملك في حق المسلم مقصود بل تملك الثوب وتملكه
لأن الثوب يصلح مقصوداً بالتملك والتملك فالتسمية أن لم تظهر في حق الخمر تظهر في حق الثوب ولا مقابل له فيصير
كان المشتري باع الثوب ولم يذكر الثمن فينعقد بقيمته بخلاف ما إذا كان الثمن ديناً لأن الثمن يكون في الذمة وما في الذمة
لا يكون مقصوداً بنفسه بل يكون وسيلة إلى المقصود فتصير الخمر مقصودة بالتملك والتملك فيبطل أصلاً (وأما) بيع
الخمر والخنزير فالباطل بل يفسد وينعقد بقيمة العبد لأن العبد مال متقوم وكذا الخمر والخنزير في حق أهل الذمة
والخنزير مال في حقنا إلا أنه لا قيمة لها شرعاً فإذا جعل الخمر والخنزير رهنماً فقد ذكر ما هو مال وكون الثمن مالا في الجملة أو
مرغوباً فيه عند الناس بحيث لا يؤخذ مجازاً بلا عوض يكفي لانعقاد العقد لأن البيع مبادلة المال بالمال أو مبادلة شيء
مرغوب بشيء مرغوب إلا أن كون المقنود عليه متقوماً بشرط الانعقاد وقد وجد وكذا بيع العبد والمدر وأم الولد
والمكاتب والمستسعى لأن هذه الأموال في الجملة مرغوب فيها فينعقد العقد بقيمة العبد وكذا بيع العبد بما رعى إبله
من أرضه من الكلا أو بما يشرب من ماء بئر لأن المذكور ثمن مال متقوم إلا أنه مباح غير مملوك وكذا هو مجهول أيضاً
فانعقد بوصف الفساد بقيمة المبيع واختلف مشايخنا في بيع العبد بالميتة والدم قال عامة يبطل وقال بعضهم يفسد
والصحيح أنه يبطل لأن المسمى ثمن ليس بمال أصلاً وكون الثمن مالا في الجملة شرط الانعقاد وكذا اختلفوا فيما
إذا قال بعت بغير ثمن قال بعضهم يبطل واليه ذهب الكرخي من أصحابنا وقال بعضهم يفسد ولا يبطل كما إذا باع
وسكت عن ذكر الثمن وقد ذكرنا وجه كل واحد من القولين فيما تقدم ثم إذا باع مالا بمال ليس بمال حتى يطل البيع
فقبض المشتري المال بأذن البائع هل يكون مضموناً عليه أو يكون أمانة اختلف المشايخ فيه قال بعضهم يكون أمانة
لأنه مال قبضه بأذن صاحبه في عقد وجد صورته لا معنى فالتحقق العقد بالعدم وبقي أذنه بالقبض وقال بعضهم يكون
مضموناً عليه لأن المقبوض على حكم هذا البيع لا يكون دون المقبوض على سوم الشراء وذلك مضمون فهذا أولى
(وأما) البيع الموقوف فهو بيع مال الغير بغير إذن صاحبه وهو المسمى ببيع الفضولي ولا حكم له يعرف للحال لا احتمال

الاجازة والرد من المالك فيتوقف في الجواب في الحال لان يكون التوقف حكماً شرعياً وقد ذكرنا حكم تصرفات
 القضاة ما يبطل منها وما يتوقف فيما تقدم والله عز وجل أعلم
 فصل في بيان ما يرفع حكم البيع فتقول والله التوفيق حكم البيع نوعان نوع يرتفع بالفسخ وهو الذي يقوم برفعه
 أحد العاقلين وهو حكم كل بيع غير لازم كالبيع الذي فيه أحد الخيارات الاربع والبيع الفاسد ونوع لا يرتفع
 الا بالاقالة وهو حكم كل بيع لازم وهو البيع الصحيح الخالي عن الخيار والكلام في الاقالة في مواضع في بيان ركن
 الاقالة وفي بيان ماهية الاقالة وفي بيان شرائط صحة الاقالة وفي بيان حكم الاقالة (أما) ركنها فهو الايجاب من أحد
 العاقلين والقبول من الآخر فاذا وجد الايجاب من أحدهما والقبول من الآخر بلفظ يدل عليه فقد تم الركن لكن
 الكلام في صيغة اللفظ الذي ينعقد به الركن فنقول لا خلاف انه ينعقد بلفظين يعبر بهما عن الماضي بان يقول أحدهما
 أقلت والآخر قبلت أو رضيت أو هويت ونحو ذلك وهل ينعقد بلفظين يعبر بأحدهما عن الماضي وبالاخر عن
 المستقبل بان قال أحدهما لصاحبه أقلني فيقول أقلتك أو قال له جئت لك لتقلني فقال أقلت فقال أبو حنيفة وأبو يوسف
 رحمهما الله ينعقد كما في النكاح وقال محمد رحمه الله لا ينعقد الا بلفظين يعبر بهما عن الماضي كما في البيع (وجه) قوله ان
 ركن الاقالة هو الايجاب والقبول كركن البيع ثم ركن البيع لا ينعقد الا بلفظين يعبر بهما عن الماضي فكذلك ركن الاقالة
 ولهما الفرق بين الاقالة وبين البيع وهو ان لفظة الاستقبال للمساومة حقيقة والمساومة في البيع معتادة فكانت اللفظة
 محمولة على حقيقتها فلم تقع ايجاباً بخلاف الاقالة لان هناك لا يمكن حمل اللفظ على حقيقة لان المساومة فيها ليست
 بمعتادة فيحمل على الايجاب ولهذا حملناها على الايجاب في النكاح كذا هذا (وأما) بيان ماهية الاقالة وعملها فقد
 اختلف أصحابنا في ماهيتها قال أبو حنيفة عليه الرحمة الاقالة فسخ في حق العاقلين بيع جديد في حق ثالث سواء كان
 قبل القبض أو بعده وروى عن أبي حنيفة رحمه الله أنها فسخ قبل القبض ببيع بعده وقال أبو يوسف إنها بيع جديد
 في حق العاقلين وغيرهما الا أن لا يمكن أن تجعل بيعاً فجعل فسخاً وقال محمد إنها فسخ الا أن لا يمكن أن تجعل فسخاً
 فجعل بيعاً للضرورة وقال زفر إنها فسخ في حق الناس كافة (وجه) قول زفر ان الاقالة في اللغة عبارة عن الرفع
 يقال في الدعاء اللهم أقلني عثراني أي ارفعها وفي الحديث من اقال نادماً اقال الله عثرته يوم القيامة وعن النبي عليه
 الصلاة والسلام أنه قال أقلوا ذوى الهيثات عثرانهم الا في حد والاصل أن معنى التصرف شرعاً ما ينبي عنه اللفظ
 لغة ورفع العقد فسخه ولان البيع والاقالة اختلفا اسماً فيختلفان حكماً هذا هو الاصل فاذا كانت رفلاً تكون بيعاً لان
 البيع اثبات والرفع نفي وبينهما تناف فكانت الاقالة على هذا التقدير فسخاً محضاً فتظهر في حق كافة الناس (وجه) قول
 محمد ان الاصل فيها الفسخ كما قال زفر الا انه اذا لم يمكن ان تجعل فسخاً فجعل بيعاً ضرورة (وجه) قول أبي يوسف ان
 معنى البيع هو مبادلة المال بالمال وهو أخذ بدل واعطاء بدل وقد وجد فكانت الاقالة بيعاً لوجود معنى البيع فيها والعبرة
 للمعنى لا للصورة ولهذا اعطى حكم البيع في كثير من الاحكام على ما ذكر وكذا اعتبر بيعاً في حق الثالث عند أبي
 حنيفة (وجه) قول أبي حنيفة رحمه الله في تقرر معنى الفسخ ما ذكرناه زفر انه رفع لغة وشرعاً ورفع الشيء فسخه وأما
 تقرر معنى البيع فيه فاذا كرنا لابي يوسف ان كل واحد يأخذ رأس ماله ببدل وهذا معنى البيع الا انه لا يمكن اظهار
 معنى البيع في الفسخ في حق العاقلين للتنافي فظهرناه في حق الثالث فجعل فسخاً في حقهما بيعاً في حق ثالث وهذا
 ليس بممتنع الا ترى انه لا يمتنع أن يجعل الفعل الواحد من شخص واحد طاعة من وجهه ومعصية من وجهه فن
 شخصين أولى والدليل عليه أنها لا تصح من غير تسمية ولا صحة للبيع من غير تسمية الثمن وثمرة هذا الاختلاف
 اذا تباين الثمن الاول أو سمي بزيادة على الثمن الاول أو انقص من الثمن الاول أو سمي بجنساً آخر سوى
 الجنس الاول قل أو أكثر أو أقل أو اجلا الثمن الاول فالاقالة على الثمن الاول في قول أبي حنيفة رحمه الله وتسمية الزيادة
 والنقصان والاجل والجنس الآخر باطله سواء كانت الاقالة قبل القبض أو بعدها والمبيع منقول أو غير منقول

لأنها فسخ في حق العاقدين والفسخ رفع العقد والعقد وقع بالثمن الاول فيكون فسخه بالثمن الاول ضرورة لأنه فسخ ذلك العقد وحكم الفسخ لا يختلف بين ما قبل القبض وبين ما بعده وبين المنقول وغير المنقول وتبطل تسمية الزيادة والنقصان والجنس الآخر والاجل وتبقى الاقالة صحيحة لأن اطلاق تسمية هذه الاشياء لا يؤثر في الاقالة لأن الاقالة لا تبطلها الشروط الفاسدة وبخلاف البيع لأن الشرط الفاسد إنما يؤثر في البيع لأنه يمكن الرابيه والاقالة رفع البيع فلا يتصور تمكن الرابيه فهو الفرق بينهما وفي قول أبي يوسف أن كان بعد القبض فالاقالة على ماسميا لأنها بيع جديد كأنه باعه فيه ابتداء وإن كان قبل القبض والمبيع عقار فكذلك لأنه يمكن جملة بيعا لأن بيع العقار قبل القبض جائز عنده وإن كان منقولا فالاقالة فسخ لأنه لا يمكن جعلها بيعا لأن بيع المبيع المنقول قبل القبض لا يجوز وروى عن أبي يوسف أن الاقالة يبيع على كل حال فكل ما لا يجوز بيعه لا يجوز اقالته فعلى هذه الرواية لا يجوز الاقالة عنده في المنقول قبل القبض لأنه لا يجوز بيعه وعند محمد أن كان قبل القبض فالاقالة تكون على الثمن الاول وتبطل تسمية الزيادة على الثمن الاول والجنس الآخر والنقصان والاجل يكون فسخا كما قاله أبو حنيفة رحمه الله لأنه لا يمكن جعلها قبل القبض بيعا لكن يبيع المبيع قبل القبض لا يجوز عنده منقولا كان أو عقارا وإن كان بعد القبض فإن تقايلا من غير تسمية الثمن أصلا أو سميا الثمن الاول من غير زيادة ولا نقصان أو نقصا عن الثمن الاول فالاقالة على الثمن الاول وتبطل تسمية النقصان وتكون فسخا أيضا كما قال أبو حنيفة رحمه الله أنها فسخ في الاصل ولا مانع من جعلها فسخا فتجعل فسخا وإن تقايلا عن الزيادة أو على الثمن الاول أو على جنس آخر سوى جنس الثمن الاول قل أو كثر فالاقالة على ماسميا ويكون بيعا عنده لأنه لا يمكن جعلها فسخا ههنا لأن من شأن الفسخ أن يكون بالثمن الاول وإذا لم يمكن جعلها فسخا تجمل بيعا بماسميا بخلاف ما إذا تقايلا على أنقص من الثمن الاول أن الاقالة تكون بالثمن الاول عنده وتجمل فسخا ولا تجمل بيعا عنده لأن هذا سكوت عن نقص الثمن وذلك نقص الثمن والسكوت عن النقص لا يكون أعلى من السكوت عن الثمن الاول وهناك يجعل فسخا لبيعها أولى والله عز وجل أعلم وعلى هذا يخرج ما إذا كان المشتري دارا ولها شفعة فقضى له بالشفعة ثم طلب منه المشتري أن يسلم الشفعة بزيادة على الثمن الاول أو بجنس آخر أن الزيادة باطلة وكذا تسمية الجنس الآخر عند أبي حنيفة ومحمد ورفضهم الله لأنه لما قضى للشفيع بالشفعة فقد انتقلت الصفقة اليه بالثمن الاول فالتسليم بالزيادة على الثمن الاول أو بجنس آخر يكون اقالة على الزيادة على الثمن الاول أو على جنس آخر فتبطل التسمية ويصح التسليم بالثمن الاول عندهما وإنما اتفق جوابهما ههنا على أصل محمد لأنه لا يرى جواز بيع المبيع العقار قبل القبض فيبقى فسخا على الأصل وعند أبي يوسف الزيادة صحيحة وكذا تسمية جنس آخر لأن الاقالة عنده بيع ولا مانع من جعلها بيعا فتبقى بيعا على الأصل ولو تقايلا البيع في المنقول ثمان البائع باعه من المشتري ثانيا قبل أن يسترده من يده يجوز البيع وهذا يطرد على أصل أبي حنيفة ومحمد ورفضهم ما على أصل زفر فلان الاقالة فسخ مطلق في حق الكل وعلى أصل أبي حنيفة فسخ في حق العاقدين والمشتري أحد المتعاقدين وعلى أصل محمد فسخ عند عدم المانع من جملة فسخا ولا مانع ههنا من جملة فسخ بل وجد المانع من جملة بيعا لأن بيع المبيع المنقول قبل القبض لا يجوز فكانت الاقالة فسخا عندهم فلم يكن هذا بيع المبيع المنقول قبل القبض فجاز وأما على أصل أبي يوسف فلا يطرد لأن الاقالة عنده بعد القبض يبيع مطلق وبيع المبيع المنقول قبل القبض لا يجوز بلا خلاف بين أصحابنا فكان هذا الفعل حجة عليه إلا أن ثبت عنه الخلاف فيه ولو باعه من غير المشتري لا يجوز وهذا على أصل أبي حنيفة وأبي يوسف يطرد ما على أصل أبي يوسف فلان الاقالة بعد القبض يبيع جديد في حق العاقدين وغيرهما إلا مانع ولا مانع من جعلها بيعا ههنا لأننا جعلناها بيعا لا تنسد الاقالة لأنها حصلت بعد القبض فتجعل بيعا فكان هذا بيع المنقول قبل القبض فلم يجز وأما على أصل أبي حنيفة فهي وإن كانت فسخا لكن في حق العاقدين وأما في حق غيرهما فهي بيع والمشتري غيرهما فكان بيعا في بيعه فيكون بيع

المبيع المنقول قبل القبض وأما على أصل محمد وزفر فلا يطردها عند زفر فسخ في حق العاقدين وغيرهما وعند محمد الأصل فيها الفسخ إلا ما منع ولم يوجد المانع فبق فسخاً في حق الكل ولم يكن هذا بيع المنقول قبل القبض فينبني أن يجوز أن كان المبيع غير منقول والمسئلة بحالها جاز بيعه من غير المشتري أيضاً على أصل أبي حنيفة وأبي يوسف وكذا على قياس أصل محمد لأن على أصله الاقالة بيع في حق الكل إلا أن لا يمكن وهنا يمكن لما قلنا وعلى أصل أبي حنيفة بيع في حق غير العاقدين فكان هذا بيع المبيع العتاق قبل القبض وأنه جاز عندهما وعلى أصل محمد فسخ الا عند التصذر ولا تعذر هنا لأنها حصلت بعد القبض على الثمن الأول فبقيت فسخاً فلم يكن هذا بيع المبيع قبل القبض بل بيع المفسوخ فيه البيع قبل القبض وهذا جاز عنده منقولا كان أو غير منقول وعند زفر هو فسخ على الاطلاق فلم يكن بيعه بيع المبيع المنقول قبل القبض فيجوز وعلى هذا يخرج ما إذا اشترى داراً ولها شفعة فسلم الشفعة ثم تقايلا البيع أو اشتراها ولم يكن بمجنبها دار ثم تقايلا البيع فإن الشفعة يأخذها بالشفعة عند أبي حنيفة وأبي يوسف لأن الاقالة بيع جديد في حق الكل على أصل أبي يوسف ولا مانع من جعلها بيعاً وعلى أصل أبي حنيفة بيع في حق غير العاقدين والشفعة غيرهما فيكون بيعاً في حقه فيستحق وأما على قياس أصل محمد وزفر لا يثبت حق الشفعة لأنها فسخ مطلق على أصل زفر وعلى أصل محمد فسخ ما أمكن وهنا يمكن والشفعة تتعلق بالبيع لا بالفسخ كارد بخيار الشرط والرؤية ونحو ذلك ولو تقايلا ثم وهب البائع المبيع من المشتري قبل الاسترداد وقبل المشتري جازت الهبة وملكه المشتري ولا تنفسخ الاقالة ولو كان هذا في البيع لا تجوز الهبة وينفسخ البيع بان وهب المشتري المبيع قبل القبض من البائع وقبله البائع وهذا يشك على أصل أبي يوسف لأنه أجرى الاقالة بعد القبض مجرى البيع ولو كانت كذلك لما جازت الهبة ولكانت فسخاً للاقالة كما كانت فسخاً للبيع ثم الفرق على أصل من يجعلها فسخاً ظاهراً لأن الفسخ لا يحتمل الفسخ فلا يمكن جعل الهبة مجازاً عن الاقالة فلا تنفسخ الاقالة بخلاف البيع فإنه يحتمل الفسخ فأمكن جعل الهبة مجازاً عن اقالة البيع ولو كان المبيع مكايلاً أو موزوناً بيع مكايلاً أو موازنة فتقايلا البيع فاسترده البائع من غير كيل أو وزن صح قبضه وهذا لا يطرده على أصل أبي يوسف لأن الاقالة لو كانت بيعاً لم يصح قبضه من غير كيل أو وزن كما في البيع ولو تقايلا قبل قبض المبيع أو بعده ثم وجد البائع به عيباً كان عند بائعه ليس له أن يرد عليه وهذا على أصل أبي حنيفة وأبي يوسف يطردها لأن الاقالة على أصل أبي يوسف بيع في حق الكل وعلى أصل أبي حنيفة بيع في حق ثالث فكان بيعاً في حقه فيصير كأنه اشتراه ثانياً أو ورثه من المشتري وعلى أصل محمد وزفر يشك لأن الاقالة فسخ على أصلهما فينبني أن لا ينفع الرد ولو اشترى شيئاً وقبضه قبل قد الثمن ثم باعه من أجني ثم تقايلا وعاد المبيع إلى المشتري ثم إن بائعه اشتراه باقلاً بمبايعه بالثمن الأول قبل التقديح وهذا على أصل أبي حنيفة وأبي يوسف صحيح لأن الاقالة على أصل أبي يوسف بيع في حق العاقدين وغيرهما وعلى أصل أبي حنيفة بيع في حق ثالث والبائع الأول ههنا ثالث فكانت الاقالة بيعاً في حقه كان المشتري الأول اشتراه ثانياً ثم باعه من بائعه باقلاً من الثمن الأول قبل العقد وذلك جائز كذا هذا وأما على أصل محمد وزفر فلا يطردها لأنها مجملان الاقالة فسخاً فكانت إعادة إلى قديم الملك فينبني أن لا يجوز وأما شرط صحة الاقالة (فنها) رضا المتقابلين أما على أصل أبي يوسف فظاهر لأنه بيع مطلق والرضا شرط صحة البياعات وأما على أصل أبي حنيفة ومحمد وزفر فلا تنفسخ العقد والعقد لم ينفسخ على الصحة إلا بتراضيهما أيضاً (ومنها) المجلس لما ذكرنا أن معنى البيع موجود فيها فيشترط لها المجلس كما يشترط للبيع (ومنها) تقابض بدلي الصرف في اقالة الصرف وهذا على أصل أبي يوسف ظاهر وكذلك على أصل أبي حنيفة لأن قبض البدلين إنما وجب حقاً لله تعالى لا ترى أنه لا يسقط باسقاط العبد والاقالة على أصله وإن كانت فسخاً في حق العاقدين فهي بيع جديد في حق ثالث فكان حق الشرع في حكم ثالث فيجعل بيعاً في حقه (ومنها) أن يكون المبيع محل الفسخ بسائر أسباب

الفسخ كالرد بخيار الشرط والرؤية والعيب عند أبي حنيفة وزفر فان لم يكن بان ازداد زيادة تمنع الفسخ بهذه الاسباب لا تصح الاقالة عندهما وعند أبي يوسف ومحمد هذا ليس بشرط أما على أصل أبي حنيفة وزفر فظاهر لان الاقالة عندهما فسخ للمقد فلا بد وان يكون المحل محتملا للفسخ فاذا اخرج عن احتمال الفسخ خرج عن احتمال الاقالة ضرورة (وأما) على أصل أبي يوسف فلا تنها بعد القبض بيع مطلق وهو بعد ان زيادة محتمل للبيع فبقى محتملا للاقالة (وأما) على أصل محمد وان كانت فسحا لكن عند الامكان ولا امكان ههنا لا نالو جعلنا هافسحا لم يصح ولو جعلنا هابيعا لصحت فجعل بيعا للضرورة الصحة فلماذا اتفق جواب محمد مع جواب أبي يوسف في هذا الفصل (ومنها) قيام المبيع وقت الاقالة فان كان هالكا وقت الاقالة لم تصح فاما قيام الثمن وقت الاقالة فليس بشرط (ووجه) الفرق ان اقالة المبيع رفعه فكان قيامها بالبيع وقيام المبيع بالمبيع لا بالثمن لانه هو المقود عليه على معنى ان العقد ورد عليه لا على الثمن لانه يرد على المعين والمعين هو المبيع لا الثمن لانه لا يحتمل التعيين وان عين لانه اسم لما في الذمة فلا يتصور ايراد العقد عليه دل ان قيام البيع بالمبيع لا بالثمن فاذا هلك لم يبق محل حكم البيع فلا يبقى حكمه فلا يتصور الاقالة التي هي رفع حكم البيع في الحقيقة واذا هلك الثمن فحل حكم البيع قائم فتصح الاقالة وعلى هذا يخرج ما اذا تباعا عينا بدين كالدراهم والدنانير عينا ولم يعينوا والفلوس والمكيل والموزون والعدديات المتقاربة الموصوفة في الذمة ثم تقايلا بينهما ان تقايلا والمعين قائمة في يد المشتري صحت الاقالة سواء كان الثمن قائما في يده أو هالك كالتأجيل حكم البيع بقيام المقود عليه وان تقايلا بعد هلاك العين لم تصح وكذا ان كانت قائمة وقت الاقالة ثم هلك قبل الرد على البائع بطلت الاقالة سواء كان الثمن قائما أو هالك لان الاقالة فيها معنى البيع الا ترى أن بعد الاقالة وجب على كل واحد منهما رد ما في يده على صاحبه فكان هلاك البيع بعد الاقالة قبل القبض كهلاكه بعد البيع قبل القبض فانه يوجب بطلان البيع كذا هذا سواء بقي الثمن أو هلك لانه اذا لم يتعين بقيامه وهلاكه بمنزلة واحدة وكذا اذا كان المبيع عبيدين وتقابضا ثم هلكا ثم تقايلا أنه لا تصح الاقالة لما ذكرنا أن المقود عليه اذا هلك لم يبق محل الفسخ بالاقالة وكذا لو كان أحدهما هالكا وقت الاقالة والآخر قائما وصحت الاقالة ثم هلك القائم قبل الرد بطلت الاقالة لانه هلك المقود عليه قبل القبض على ما بينا ولو تباعا عينا بعين وتقابضا ثم هلك أحدهما في يد مشتريها ثم تقايلا صحت الاقالة وعلى مشتري الهالك قيمة الهالك ان لم يكن له مثل ومثله ان كان له مثل فيسلمه الى صاحبه ويسترد منه العين لان كل واحد منهما مبيع على حدة لقيام العقد في كل واحد منهما ثم خرج الهالك من أن يكون قيام العقد به فيقوم بالآخر واذا بقي المبيع بقى محل الفسخ فيصح أو تقول المبيع أحدهما والآخر ثمن اذا لم يبيع لا بدله من الثمن فاذا هلك أحدهما تعين الهالك للثمن والقائم للمبيع لما فيه من تصحيح العقد وفي القلب افساده فكان التصحيح أولى فبقى البيع بقاء المبيع فاحتمل الاقالة وكذلك لو تقايلا والعينان قائمتان ثم هلك أحدهما بعد الاقالة قبل الرد لا تبطل الاقالة لان هلاك أحدهما قبل الاقالة لم يمنع صحة الاقالة فهلاكها بعد الاقالة لا يمنع بقاءها على الصحة من طريق الاولى لان البقاء أسهل من الابتداء وهذا بخلاف بيع العرض بالعرض انه لا ينعقد باحد المرضين ابتداء واذا انعقد بهما ثم هلك أحدهما قبل القبض يبطل البيع لان البيع مبادلة المال بالمال فلا ينعقد باحد البدلين ويبطل بهلاك أحدهما المرضين قبل القبض لان كل واحد من المرضين مبيع وهلاك المبيع قبل القبض يبطل البيع (فأما) الاقالة فرفع البيع فتستدعي بقاء حكم البيع وقد بقي بقاء أحدهما وعلى هذا يخرج اقالة السلم قبل قبض المسلم فيه انها جائزة سواء كان رأس المال ديناً أو عيناً وسواء كان قائماً في يد المسلم اليه أو هالكاً لان المبيع هو المسلم فيه وانه قائم وهذا لان المسلم فيه وان كان ديناً حقيقة فله حكم العين حتى لا يجوز اسئد اله قبل القبض فكان كالمقود عليه وانه قائم فوجد شرط صحة الاقالة واذا صححت فان كان رأس المال عين مال قائمة رده المسلم اليه بعينه وان كانت هالكة فان كان ماله مثل رد مثله وان كان مما لا مثل له رد قيمته وان كان ديناً رده مثله قائماً كان أو هالكاً لانه لا يتعين بالتعيين

فهللا كه وقيامه سواء وكذلك لو كانت الاقالة بعد قبض المسلم فيه وانه قائم في يد رب السلم أنه تصح الاقالة ثم لا نها
 صحت حال كونه ديناً حقيقة لخال صيرورته عينا بالقبض أولى واذا صحت فعلى رب السلم رد عين
 المقبوض لان المقبوض بعقد السلم كأنه عين ماورد عليه العقد بدليل انه يجوز بيعه مرابحة على رأس
 المال والمرابحة بيع ما اشتراه البائع بمثل الثمن الاول مع زيادة ربح واذا كان المقبوض عين ماورد
 عليه العقد في التقدير والحكم وجب رد عينه في الاقالة ولو اشترى عبداً بقرعة أو بمصوغ
 وتقابضاً ثم هلك العبد في يد المشتري ثم تقايلا والفضة قائمة في يد البائع صحت الاقالة
 لان كل واحد منهما مبيع لتعيينه بالتعيين فكان معقوداً عليه فيبقى البيع
 ببقاء أحدهما وعلى البائع رد عين الفضة ويسترد من المشتري قيمة العبد
 لكن ذهباً لا فضة لان الاقالة وردت على قيمة العبد فلو استرد قيمته
 فضة والقيمة تختلف فتزداد أو تنقص فيؤدى الى الربا ولو
 كان العبد قائماً وقت الاقالة ثم هلك قبل الرد على البائع
 فعلى البائع أن يرد الفضة ويسترد قيمة العبد ان شاء
 ذهباً وان شاء فضة لان الاقالة ههنا وردت
 على عين العبد ثم وجبت القيمة على
 المشتري بدلاً للعبد ولا
 ربا بين العبد وقيمه
 والله تعالى أعلم



(الجزء الخامس من كتاب بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع)

صفحة	صفحة
٦٥ فصل وأما وقت الوجوب	٢ ﴿ كتاب الاستصناع ﴾
٦٥ فصل وأما كيفية الوجوب	٢ فصل وأما صورة الاستصناع
٦٩ فصل وأما محل إقامة الواجب	٢ فصل وأما جوازه
٧١ فصل وأما شرائط جواز إقامة الواجب	٣ فصل وأما شرائط جوازه
٧٨ فصل وأما بيان ما يستحب قبل التضيحية وعندها	٣ فصل وأما حكم الاستصناع
وبعدها وما يكره	٣ فصل وأما صفة الاستصناع
٨١ ﴿ كتاب النذر ﴾	٤ ﴿ كتاب الشفعة ﴾
٨١ فصل وأما شرائط الركن	١٠ فصل وأما شرائط وجوب الشفعة
٩٠ فصل وأما حكم النذر	١٧ فصل وأما بيان ما يتأكد به حق الشفعة
٩٥ ﴿ كتاب الكفارات ﴾	١٩ فصل وأما بيان ما يبطل به حق الشفعة
٩٦ فصل وأما بيان كيفية وجوب هذه الأنواع	٢٣ فصل وأما بيان طريق التملك بالشفعة
٩٧ فصل وأما شرائط وجوب كل نوع	٢٥ فصل وأما بيان شرط التملك
٩٩ فصل وأما شرائط جواز كل نوع	٢٧ فصل وأما بيان ما يملك بالشفعة
١١٢ ﴿ كتاب الاشربة ﴾	٣٠ فصل وأما بيان من يملك منه الشقص
١١٨ ﴿ كتاب الاستحسان ﴾	٣٠ فصل وأما بيان حكم اختلاف الشفيع
١٣٣ ﴿ كتاب البيوع ﴾	٣٤ فصل وأما بيان الحيلة في إسقاط الشفعة
١٣٦ فصل وأما الذي يرجع إلى نفس العقد	٣٥ فصل وأما الكلام في كراهة الحيلة للإسقاط
١٣٨ فصل وأما الذي يرجع إلى نفس المعقود عليه	٣٥ ﴿ كتاب الذبايح والصبود ﴾
١٥٣ فصل وأما شرائطها	٣٩ فصل وأما بيان ما يكره من الحيوانات
١٥٥ فصل وأما ترتيب الولاية	٤٠ فصل وأما بيان شرط حل الكل في الحيوان
١٥٦ فصل وأما شرائط الصحة	٦١ فصل وأما بيان ما يكره أكله من أجزاء الحيوان
١٩٢ فصل وأما شرائط جريان الربا	المأكول
٢٠١ فصل وأما شرائط الركن	٦١ ﴿ كتاب الاصطياد ﴾
٢٠٧ فصل وأما الذي يرجع إلى المسلم فيه	٦١ ﴿ كتاب التضيحية ﴾
٢١٤ فصل وأما الذي يرجع إلى البدلين جميعا	٦٣ فصل وأما شرائط الوجوب

صفحة	محتوى
٢١٤	فصل وأما بيان ما يجوز من التصرف في المسلم فيه
٢١٥	فصل وأما الشرائط على
٢٢٢	فصل وأما بيان رأس المال
٢٢٣	فصل وأما بيان ما يلحق برأس المال
٢٢٣	فصل وأما بيان ما يجب بيانه في المراجعة
٢٢٥	فصل وأما حكم الحياة إذا ظهرت
٢٢٦	فصل وأما الاشارة حكم التولية على
٢٢٨	فصل وأما المواضعة على
٢٢٨	فصل وأما شرائط لزوم البيع
٢٢٨	فصل وأما بيان يكره من البياعات
٢٣١	فصل وأما ما يحصل به الفرق
٢٣٢	فصل وأما صفة البيع
٢٣٣	فصل وأما حكم البيع
٣٠٦	فصل وأما بيان ما يرفع حكم البيع

﴿ تمت ﴾

كِتَابُ بَنَائِعِ الصَّحَابِ فِي تَرْغِيبِ الشَّرَائِعِ

تأليف

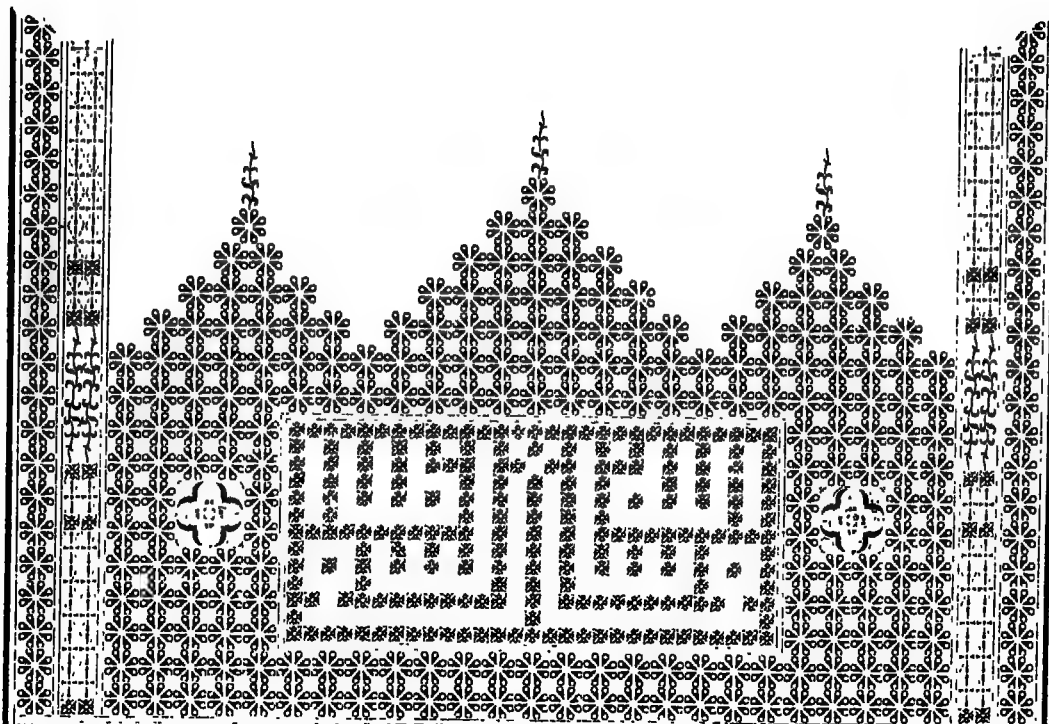
الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي
الملقب بملك العلماء المتوفى سنة ٥٨٧ هجرية

الجزء السادس

الطبعة الثانية

١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م

دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان



بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الكفالة

الكلام في هذا الكتاب يقع في مواضع في بيان ركن الكفالة وفي بيان شرائط الركن وفي بيان حكم الكفالة وفي بيان ما يخرج به الكفيل عن الكفالة وفي بيان الرجوع بعد الخروج انه هل يرجع أم لا (أما) الركن فهو الايجاب والقبول الايجاب من الكفيل والقبول من الطالب وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وهو قول أبي يوسف الآخر وفي قوله الاول الركن هو الايجاب فحسب (فأما) القبول فليس بركن وهو أحد قولي الشافعي رحمه الله لما روى أن النبي عليه الصلاة والسلام أتى بجنازة رجل من الانصار فقال هل على صاحبكم دين فقيل نعم درهمان او ديناران فامتنع من الصلاة عليها فقال سيدنا علي أو أبو قتادة رضي الله عنهما ما على يارسول الله فصلى عليها ولم ينقل قبول الطالب ولأن الكفالة ضم لغة والتزام المطالبة بما على الاصيل شرعا لتعليك ألا يرى انه يحتمل الجمالة والتعليق بالشرط والتعليك لا يحتمل ذلك ومعنى الضم والالتزام يتم بايجاب الكفيل فأشبهه النذر والدليل عليه أن المريض اذا قال عند موته لورثته اضمنوا عني ما على من الدين لغرمائي وهم غيب فضمنوا ذلك فهو جائز و يلزمهم وأي فرق بين المريض والصحيح ولهما أن الكفالة ليست بالالتزام محض بل فيها معنى التعليك لما نذكر والتعليك لا يتم الا بالايجاب والقبول كالبيع والجواب عن مسألة المريض نذكره من بعد ان شاء الله تعالى فاذا عرفت أن ركن الكفالة الايجاب والقبول فالإيجاب من الكفيل أن يقول أنا كفيل أو ضمن أو زعيم أو غريم أو قليل أو حميل أو لك على أولك قبلي أو لك عندي (أما) لفظ الكفالة والضمان فصرحان وكذلك الزعامة بمعنى الكفالة والغرامة بمعنى الضمان قال النبي عليه الصلاة والسلام الزعيم غارم أي الكفيل ضامن وكذلك القبالة بمعنى الكفالة أيضا يقال قبلت به أقبل قبالة وقبلت به أي كفلت قال الله تعالى أو يأتي بالله والملائكة قبيلا أي كفيلا يكفلوني بما يقول والحميل بمعنى

الحمول فعيل بمعنى المفعول كالقتيل بمعنى المقتول وانه ينبي عن تحمل الضمان وقوله على كلمة ايجاب وكذا قوله الى قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من ترك مالا فلورثته ومن ترك ديناً فالى وعلى وقوله قبل ينبي عن القبالة وهي الكفالة على ما ذكرنا وقوله عندي وان كانت مطلقة للوديعة لكنه بقرينة الدين يكون كفالة لان قوله عندي يحتمل اليد ويحتمل الذمة لانها كلمة قرب وحضرة وذلك يوجد فيها جميعاً فعند الاطلاق يحمل على اليد لانه أدنى وعند قرينة الدين يحمل على الذمة أى في ذمتي لان الدين لا يحتمله الا الذمة (وأما) القبول من الطالب فهو أن يقول قبلت أو رضيت أو هويت أو ما يدل على هذا المعنى ثم ركن الكفالة في الاصل لا يخلو عن أربعة أقسام اما أن يكون مطلقاً أو مقيداً بوصف أو معلقاً بشرط أو مضافاً الى وقت فان كان مطلقاً فلا شك في جوازه اذا استجمع شرائط الجواز وهي ما ذكرنا شاء الله تعالى غير انه ان كان الدين على الاصيل حالاً كانت الكفالة حالة وان كان الدين عليه مؤجلاً كانت الكفالة مؤجلة لان الكفالة بمضمون على الاصيل فتستفيد بصفة المضمون (وأما) المقيد فلا يخلو اما ان كان مقيداً بوصف التأجيل أو بوصف الحلول فان كانت الكفالة مؤجلة فان كان التأجيل الى وقت معلوم بأن كفّل الى شهر أو سنة جاز ثم ان كان الدين على الاصيل مؤجلاً الى أجل مثله يتأجل اليه في حق الكفيل أيضاً وان سمي الكفيل أجلاً أز يد من ذلك أو أنقص جاز لان المطالبة حق الطالب فله أن يتبرع على كل واحد منهما بتأخير حقه وان كان الدين عليه حالاً جاز التأجيل الى الاجل المذكور ويكون ذلك تأجيلاً في حقهما جميعاً في ظاهر الرواية وروى ابن سبعة عن محمد أنه يكون تأجيلاً في حق الكفيل خاصة (وجه) هذه الرواية ان الطالب خص الكفيل بالتأجيل فيخص به كما اذا كفّل حالاً أو مطلقاً ثم أخر عنه بعد الكفالة (وجه) ظاهر الرواية ان التأجيل في نفس العقد يجعل الاجل صفة للدين والدين واحد وهو على الاصيل فيصير مؤجلاً عليه ضرورة بخلاف ما اذا كان بعد تمام العقد لان التأجيل المتأخر عن العقد يؤخر ان المطالبة وقد خص به الكفيل فلا يتعدى الى الاصيل ولو كان الدين على الاصيل مؤجلاً الى سنة فكفّل به مؤجلاً الى سنة أو مطلقاً مات الاصيل قبل تمام السنة يحل الدين في ماله وهو على الكفيل الى أجله وكذا لو مات الكفيل دون الاصيل يحل الدين في مال الكفيل وهو على الاصيل الى أجله لان المبطل للاجل وجد في حق أحد همدون الآخر وان كان التأجيل الى وقت مجهول فان كان يشبه آجال الناس كالخضاد والدياس والنيروز ونحوه فكفّل الى هذه الاوقات جاز عند أصحابنا وعند الشافعي رحمه الله لا يجوز (وجه) قوله ان هذا عقد الى أجل مجهول فلا يصح كالبيع (ولنا) أن هذا ليس بجهة فاحشة فتحمّلها الكفالة وهذا لان الجهة لا تمنع من جواز العقد لعينها بل لا فضائها الى المنازعة بالتقديم والتأخير ووجه التقديم والتأخير لا تنفي الى المنازعة في باب الكفالة لانه يسامح في أخذ العقد مالا يسامح في غيره لا مكان استيفاء الحق من جهة الاصيل بخلاف البيع ولان الكفالة جوازها بالعرف والكفالة الى هذه الآجال متعارفة ولو كانت الكفالة حالة فاخر الى هذه الاوقات جاز أيضاً لما ذكرنا وان كان لا يشبه آجال الناس كعجى المطر وهبوب الريح فلاجل باطل والكفالة صحيحة لان هذه جهة فاحشة فلا تحمّلها الكفالة فلم يصح التأجيل فبطل وبقيت الكفالة صحيحة وكذا لو كان على رجل دين فأجله الطالب الى هذه الاوقات جاز وان كان ممن مبيع ولا يوجب ذلك فساد البيع لان تأجيل الدين ابتداء بمنزلة التأخير في الكفالة وذلك لا يؤثر في البيع فكذا هذا اذا كانت الكفالة مؤجلة فاما اذا كانت حالة فان شرط الطالب الحلول على الكفيل جاز سواء كان الدين على الاصيل حالاً أو مؤجلاً لما ذكرنا أن المطالبة حق المكفول له فيملك التصرف فيه بالتسجيل والتأجيل ولو كفّل حالاً ثم أجله الطالب بعد ذلك يتأخر في حق الكفيل اذا قبل التأخير دون الاصل بخلاف ما اذا كان التأجيل في العقد لما ذكرنا من الفرق ولو كان الدين على الاصل حالاً فأخره الطالب الى مدة وقبله المطلوب جاز التأخير ويكون تأخيراً في حق الكفيل هذا اذا كانت الكفالة مقيدة بوصف فاما اذا كانت معلقة بشرط فان كان المذكور شرطاً سبباً لظهور

الحق أو لوجوبه أو وسيلة إلى الأداء في الجملة جازبان قال ان استحق المبيع فأننا كفيل لان استحقاق المبيع
سبب لظهور الحق وكذا اذا قال اذا قدم زيد فأننا كفيل لان قدمه وسيلة إلى الأداء في الجملة لجواز أن يكون
مكفولا عنه أو يكون مضاربة فان لم يكن سببا لظهور الحق ولا لوجوبه ولا وسيلة إلى الأداء في الجملة لا يجوز بأن
قال اذا جاء المطر أو هبت الريح أو ان دخل زيد الدار فأننا كفيل لان الكفالة فيها معنى التمليك لما ذكرنا والاصل أن
لا يجوز تعليمها بالشرط الا شرط الحق به تعلق بالظهور أو التوصل اليه في الجملة فيكون ملائما للعقد فيجوز ولا ان الكفالة
جوازها بالعرف والعرف في مثل هذا الشرط دون غيره ولو قال ان قتلك فلان أو ان شجك فلان أو ان غصبك
فلان أو ان يبعث فلانا فانا ضامن لذلك جاز لان هذه الافعال سبب لوجوب الضمان ولو قال ان غصبك فلان
ضيمتك فانا ضامن لم يجز عند أبي حنيفة وأبي يوسف وجاز عند محمد بناء على أن غصب العاقل لا يتحقق عند أبي
حنيفة وعند محمدية تحقق ولو قال من قتلك من الناس أو من غصبك من الناس أو من شجك من الناس أو من يبيعك
من الناس لم يجز لان من قبل التعليق بالشرط بل لان المضمون عنه محمول وجهة المضمون عنه تمنع صحة الكفالة ولو قال
ضمنت لك ما على فلان ان توى جاز لان هذا شرط ملائم للعقد لانه مؤكدا لمعنى التوصل الى ما هو المقصود وكذا لو قال
ان اخرج من مصر ولم يعطك فانا ضامن لما ذكرنا ولو شرط في الكفالة بالنفس تسليم المكفول به في وقت بعينه جاز لان
هذا تأجيل الكفالة بالنفس الى وقت معلوم فيصح كالكفالة بالمال وكذا اسائر أنواع الكفالات في التعليق بالشرط
والتأجيل والاضافة الى الوقت سواء لان الكل في معنى الكفالة على السواء ولو قال كفلت لك مالك على فلان
حالا على أنك متى طلبته فلي اجل شهر جاز واذا طلبته منه فله اجل شهر ثم اذامضى الشهر فله أن يأخذه متى شاء ولو
شرط ذلك بعد تمام الكفالة بالمال حالا لم يجز وله أن يطالبه متى شاء والفرق ان الموجود ههنا كفالتان احدهما حالة
مطلقة والثانية مؤجلة الى شهر معلقة بشرط الطلب فاذا وجد الشرط ثبت التأجيل الى شهر فاذا مضى الشهر انتهى
حكم التأجيل فإخذه بالكفالة الحالية هذا معنى قوله في الكتاب يأخذه متى شاء بالطلب الاول بخلاف ما اذا كان
التأجيل بالشرط بعد تمام العقد لان ذلك تعليق التأجيل بالشرط لا تعليق العقد المؤجل بالشرط والتأجيل نفسه
لا يحتمل التعليق بالشرط فبطل ألا ترى أنه اذا كفل الى قدوم زيد جاز ولو كفل مطلقا ثم أخر الى قدوم زيد لم يجز لما
ذكرنا كذا هذا ولو كفل بنفس المطلوب على انه ان لم يواف به غدا فعليه ما عليه وهو الالف فضى الوقت ولم يواف به
فالل لازم للكفيل لان هنا كفالتان بالنفس وبالمال الا أنه كفل بالنفس مطلقا وتعلق الكفالة بالمال بشرط عدم
الموافاة بالنفس فكل ذلك جائز (أما) الكفالة بالنفس فلا شك فيها وكذا الكفالة بالمال لان هذا شرط ملائم للعقد
محقق لما شرع له وهو الوصول الى الحق من جهة الكفيل عند تعذر الوصول اليه من قبل الاصيل فاذا لم يوجد الشرط
لزمه المال واذا أداه لا يبرأ عن الكفالة بالنفس لجواز ان يدعى عليه مالا آخر فيلزمه تسليم نفسه وكذا اذا قال فعليه
ما عليه وعليه الف ولم يسم لان جهالة قدر المكفول به لا تمنع صحة الكفالة ويلزمه جميع الالف لانه أضاف الكفالة
الى ما عليه والالف عليه وكذا لو كفل لامرأة بصداقها ان لم يواف الزوج وصداقها وصيف فالوصيف لازم
للكفيل لان الكفالة بالوصيف كفالة بمضمون على الاصيل وهو الزوج لان الحيوان يثبت ديننا في الذمة بدلا عما
ليس بمال فيلزم الكفيل ولو كفل بنفس رجل وقال ان لم أوافك به غدا فعلى الف درهم ولم يقل الالف التي عليه أو
الالف التي ادعيت والمطلوب ينكر فالل لازم للكفيل عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وعند محمد رحمه الله
لا يلزمه (وجه) قول محمد ان هذايجاب المال معلقا بالخطر ابتداء لانه لم توجد الاضافة الى الواجب وجوب المال
ابتداء لا يتعلق بالخطر فاما الكفالة بمال ثابت فتتعلق بالخطر ولم يوجد (وجه) قوله ان مطلق الالف ينصرف الى
الالف الموهودة وهي الالف المضمونة مع ما ان في الصرف الى ابتداء الايجاب فساد العقد وفي الصرف الى ما عليه
صحته فالصرف الى ما فيه صحة العقد أولى ولو كفل بنفسه على أن يوافي به اذا ادعى به فان لم يفعل فعليه الالف التي عليه

جاز لانه كفيل بالنفس مطلقا وعلق الكفالة بالمال بشرط عدم الموافقة بالنفس عند طلب الموافقة وهذا شرط ملائم
للعقد لما ذكرنا فاذا اطلب منه المكفول له تسليم النفس فان سلم مكانه برى لانه أتى بما التزم وان لم يسلم فعليه المال
لتحقيق الشرط وهو عدم الموافقة بالنفس عند الطلب ولو قال ائتمني به عشيّة أو غدوة وقال الكفيل أنا آتيك به بعد غد
فان لم يأت به في الوقت الذي طلب المكفول له فعليه المال لوجود شرط اللزوم وان أخر المطالبة الى ما بعد غد كما قاله
الكفيل فأني به فهو برى من المال لانه بالتأخير أبطل الطلب الاول فلم يبق التسليم واجبا عليه وصار كما نه طلب منه
من الابتداء التسليم بعد غد وقد وجدو برى من المال ولو كفّل بالمال وقال ان وافيتك به غدا فانا برىء فوافاه من الغد
يرأى من المال في رواية وفي رواية لا يبرأ (وجهه) الرواية الاخيرة ان قوله ان وافيتك به غدا فانا برىء تعليق البراءة
عن المال بشرط الموافقة بالنفس والبراءة لا تحتل التعليق بالشرط لان فيها معنى التملك والتملك لا يصح تعليقها
بالشرط (وجهه) الرواية الاولى ان هذا ليس بتعليق البراءة بشرط الموافقة بل هو جعل الموافقة غاية للكفالة بالمال
والشرط قد يذكر بمعنى الغاية لمناسبة بينهما والا اول أشبهه ولو شرط في الكفالة بالنفس ان يسلمه اليه في مجلس
القاضي جاز لان هذا شرط مفيد و يكون التسليم في المصر أو في مكان يقدر على احضاره مجلس القاضي تسليما الى
القاضي لما نذر ان شاء الله تعالى ولو شرط أن يسلمه اليه في مصر معين يصبح التقييد بالمصر بالاجماع الا أنه لا يصح
التعيين عند أبي حنيفة وعندهما يصح على ما نذر ان شاء الله تعالى ولو شرط ان يدفعه اليه عند الامير لا يتقيد به حتى
لودفعه اليه عند القاضي أو عزل الامير وولى غيره فدفعه اليه عند الثاني جاز لان التقييد غير مفيد ولو كفّل بنفسه فان لم
يؤاف به فعليه ما يدعيه الطالب فان ادعى الطالب ألفا فان لم يكن عليه بينة لا يلزم الكفيل لانه لا يلزم بنفس الدعوى
شيء فقد أضاف الالتزام الى ما ليس بسبب اللزوم وكذا اذا أقر بها المطلوب لان اقراره حجة عليه لا على غيره فلا
يصدق على الكفيل ولو قامت البينة عليها وأقر بها الكفيل فعليه الالف لان البينة سبب لظهور الحق وكذا
اقرار الانسان على نفسه صحيح فيؤاخذ به ولو كفّل بنفسه على انه ان لم يؤاف به الى شهر فعليه ما عليه فبات الكفيل
قبل الشهر وعليه دين ثم مضى الشهر قبل أن يدفع ورثة الكفيل المكفول به الى الطالب فالمال لازم للكفيل
ويضرب الطالب مع الغرماء أما لزوم المال فلان الحكم بعد الشرط يثبت مضافا الى السبب السابق وهو عند مباشرة
السبب صحيح ولهذا وكفّل وهو صحيح ثم مرض تعتبر الكفالة من جميع المال لا من الثلث (وأما) الضرب مع
الغرماء فلا يستواء الدينين وكذا الوصية المكفول به ثم مات الكفيل لانه اذا مات فقد عجز الكفيل عن تسليم
نفسه فوجد شرط لزوم المال بالسبب السابق هذا اذا كانت الكفالة معلقة بالشرط فاما اذا كانت مضافة الى
وقت بان ضمن ما ادا ان له على فلان أو ما قضى له عليه أو ما ادا ان فلان أو ما أقرضه أو ما استهلك من ماله أو ما غصبه أو
ثمن ما يبيع صح هذه الكفالة لانها أضيفت الى سبب الضمان وان لم يكن الضمان ثابتا في الحال والكفالة ان كان
فيها معنى التملك فليست بتمليك محض فجاز أن تحتل الاضافة ولو قال كلما بايعت فلانا فتمنته على أو ما بايعت أو الذي
بايعت يؤاخذ الكفيل بجميع ما يبيع ولو قال ان بايعت أو اذا بايعت أو متى بايعت يؤاخذ بثن أول المبايع ولا يؤاخذ
بثن ما يبيع بعدها لان كلمة كل لعموم الافعال وكذا كلمة ما والدي للعموم وقد دخلت على المبايع فيقتضى تكرار
المبايع ولم يوجد مثل هذه الدلالة في قوله ان بايعت ونظائر والله عز وجل أعلم

فصل وأما شرائط الكفالة فأنواع بعضها يرجع الى الكفيل وبعضها يرجع الى الاصيل وبعضها يرجع الى
المكفول له وبعضها يرجع الى المكفول به ثم منها ما هو شرط الانعقاد ومنها ما هو شرط النفاذ (أما) الذي يرجع
الى الكفيل فأنواع (منها) العتق ومنها البلوغ وانهما من شرائط الانعقاد لهذا التصرف فلا تنعقد كفالة الصبي
والجنون لانها عقد تبرع فلا تنعقد ممن ليس من أهل التبرع الا أن الأب أو الوصي لو استدان ديننا في ثقة اليتيم وأمر
اليتيم أن يضمن المال عنه جاز ولو أمره أن يكفل عنه النفس لم يحجز لان ضمان الدين قد لزمه من غير شرط فالشرط

لا يزيد الاتاكيد اقل يمكن متبرعا فاما ضمان النفس وهو تسليم نفس الاب أو الوصى فلم يكن عليه فكان متبرعا فيه فلم يحز
(ومنها) الحرية وهي شرط نفاذ هذا التصرف فلا تجوز كفالة العبد محجورا كان أو مأذونا له في التجارة لأنها تبرع
والعبد لا يملكه بدون اذن مولاه ولكنها تنعقد حتى يؤاخذ به بعد العتاق لان امتناع النفاذ ما كان لانعدام الاهلية بل
لحق المولى وقد زال بخلاف الصبي لأنها غير منعقدة منه لعدم الاهلية فلا تحتل النفاذ بالبلوغ ولو اذن له المولى
بالكفالة فان كان عليه دين لم يحز لان اذنه بالتبرع لم يصح وان لم يكن عليه دين جازت كفالته وتباع رقبته في الكفالة
بالدين الا ان يفديه المولى ولا تجوز كفالة المكاتب من الاجنبي لان المكاتب عبد ما بقى عليه درهم على لسان صاحبه
الشرع عليه الصلاة والسلام وسواء اذن له المولى أو لم ياذن لان اذن المولى لم يصح في حقه وصح في حق القن
ولكنه ينعقد حتى يطالب به بعد العتاق ولو كفل المكاتب أو المأذون عن المولى جاز لانها يملكه كان التبرع عليه
وأما صحته بدن الكفيل فليس بشرط لصحة الكفالة فتصح كفالة المريض لكن من الثلث لأنها تبرع (وأما) الذي
يرجع الى الاصيل فنوعان أحدهما أن يكون قادرا على تسليم المكفول به اما بنفسه واما بنائبه عند أبي حنيفة فلا تصح
الكفالة بالدين عن ميت مفلس عنده وعند أبي يوسف ومحمد تصح (وجه) قولهما ان الموت لا ينافي بقاء الدين
لانه مال حكمي فلا يفترق بقاؤه الى القدرة ولهذا بقي اذامات مليا حتى تصح الكفالة به وكذا بقيت الكفالة بعد موته
مفلسا واذا مات عن كفيل تصح الكفالة عنه بالدين فكذا يصح البراء عنه والتبرع (وجه) قول أبي حنيفة
ان الدين عبارة عن الفعل والميت عاجز عن الفعل فكانت هذه كفالة بدين ساقط فلا تصح كما كفل على انسان
بدن ولا دين عليه واذا مات مليا فهو قادر بنائبه وكذا اذا مات عن كفيل لانه قائم مقامه في قضاء دينه (وأما)
البراء والتبرع فهما في الحقيقة ابراء عن المؤاخذة بسبب المماطلة في قضاء الدين والتبرع بتخليص الميت عن
المؤاخذة بسبب التقصير بواسطة ارضاء الخصم بهمة هذا القدر منه فاما أن يكون ابراء عن الدين وتبرعا بقضائه حقيقة
فلا على ما عرف في الخلافات والثاني أن يكون معلوما بان كفيل ما على فلان فاما اذا قال على أحدهم الناس أو بعين
أو بنفس أو بفعل فلا يجوز لان المضمون عليه مجهول ولان الكفالة تجوزها بالعرف والكفالة على هذا الوجه
غير معروفة فاما حرية الاصيل وعقله وبلوغه فليس بشرط لجواز الكفالة لان الكفالة بمضمون ما على الاصل
مقدور والاستيفاء من الكفيل وقد وجد أما العبد فلان الدين واجب عليه ويطالب به في الجملة فاشبه الكفالة
بالدين المؤجل وأما الصبي والمجنون فلان الدين في ذمتهم والولى مطالب به في الحال ويطالبان أيضا في الجملة وهو
ما بعد البلوغ والافاقه فتجوز الكفالة عن العبد وان كان محجورا وعن الصبي والمجنون الا أن الكفيل لا يملك
الرجوع عليهم بما أدى وان كانت الكفالة باذنه لم يندكر في موضعه ان شاء الله تعالى وكذا لا يشترط حضرته
فتجوز الكفالة عن غائب أو محبوس لان الحاجة الى الكفالة في الغالب في مثل هذه الاحوال فكانت الكفالة
فيهما أجوز ما يكون (وأما) الذي يرجع الى المكفول له فانواع (منها) أن يكون معلوما حتى انه اذا كفل لاحد من
الناس لا تجوز لان المكفول له اذا كان مجهولا لا يحصل ما شرع له الكفالة وهو التوثيق (ومنها) أن يكون في مجلس
العقد وانه شرط الانعقاد عند أبي حنيفة ومحمد اذا لم يقبل عنه حاضر في المجلس حتى ان من كفل لغائب عن المجلس فبلغه
الخبر فأجاز لا تجوز عندهما اذا لم يقبل عنه حاضر وعن أبي يوسف روايتان وظاهر اطلاق محمد في الاصل انها جائزة
على قوله الا آخر يدل على ان المجلس عنده ليس بشرط أصلا لا بشرط النفاذ ولا بشرط الانعقاد لان محمدار بما يطلق
الجواز على النافذ فأما الموقوف فنسميه باطلا الا أن يحجز وهذا الاطلاق صحيح لان الجائز هو النافذ في اللغة يقال
جاز السهم اذا نفذ (وجه) قول أبي يوسف الا آخر ما ذكرنا في صدر الكتاب ان معنى هذا العقد لغة وشرعا وهو
الضم والالتزام يتم بإيجاب الكفيل فكان ايجابه كل العقد والدليل عليه مسئلة المريض (وجه) قولهما ما ذكرنا ان
فيه معنى التملك أيضا والتمليك لا يقوم الا بالايجاب والقبول فكان الايجاب وحده شرط العقد فلا يقف على غائب

عن المجلس كالمبيع مع ما انا نعمل بالشبهين جميعا فنقول لشبه الالتزام بمقتضى الجهالة والتعليق بالشرط والاضافة الى الوقت ولشبه التملك لا يقف على غائب عن المجلس اعتبارا للشبهين بقدر الامكان (وأما) مسألة المريض فقد قال بعض مشايخنا ان جواز الضمان هناك بطريق الايصاء بالقضاء عنه بعدموته لا بطريق الكفالة ويكون قوله اضمنوا عني ايصاء منه اليهم بالقضاء عنه حتى لو مات ولم يترك شيئا لا يلزم الورثة شي فاعلى هذا لا يلزم وبعضهم أجازوه على سبيل الكفالة ووجه ما أشار اليه أبو حنيفة عليه الرحمة في الاصل وقال هو بمنزلة المعبر عن غرمائه وشرح هذه الإشارة والله عز وجل أعلم ان المريض مرض الموت يتعلق الدين بماله ويصير بمنزلة الاجنبي عنه حتى لا ينفذ منه التصرف المبطل لحق الغريم ولو قال اجنبي للورثة اضمنوا الغرماء فلان عنه فقالوا اضمننا يكتفى به فكذا المريض والله عز وجل أعلم (ومنها) وهو تفرع على مذهبهما أن يكون عاقلا فلا يصح قبول المجنون والصبي الذي لا يعقل لانهما ليسا من أهل القبول ولا يجوز قبول ولهما عنهما لان القبول يعتبر بمن وقع له الايجاب ومن وقع له الايجاب ليس من أهل القبول ومن قبل لم يقع الايجاب له فلا يعتبر قبوله (وأما) حرية المكفول له فليست بشرط لان العبد من أهل القبول (وأما) الذي يرجع الى المكفول به فنوعان أحدهما أن يكون المكفول به مضمونا على الاصيل سواء كان ديناً أو عيناً أو نفساً أو فعلاً ليس بدين ولا عين ولا نفس عند أصحابنا الا أنه يشترط في الكفالة بالعين أن تكون مضمونة بنفسها وجملة الكلام فيه أن المكفول به أربعة أنواع عين ودين ونفس وفعل ليس بدين ولا عين ولا نفس أما العين فنوعان عين هي أمانة وعين هي مضمونة أما العين التي هي أمانة فلا تصح الكفالة بها سواء كانت أمانة غير واجبة التسليم كالودائع ومال الشركات والمضاربات أو كانت أمانة واجبة التسليم كالعارية والمستأجر في يد الاجير لانه أضاف الكفالة الى عينها وعينها ليست بمضمونة ولو كفل بتسليم المستعار والمستأجر عن المستعير والمستأجر جاز لانهم مضمونا للتسليم عليهما فالكفالة أضيفت الى مضمون على الاصيل وهو فعل التسليم فصحت (وأما) العين المضمونة فنوعان مضمون بنفسه كالقصب والمقبوض بالمبيع القاسد والمقبوض على سوم الشراء ومضمون بغيره كالمبيع قبل القبض والرهن فتصح الكفالة بالنوع الاول لانه كفالة بمضمون بنفسه ألا ترى انه يجب رد عينه حال قيامه ورمثله أو قيمته حال هلاكه فيصير مضمونا على الكفيل على هذا الوجه أيضا ولا تصح بالنوع الثاني لان المبيع قبل القبض مضمون بالثمن لا بنفسه ألا ترى أنه اذا هلك في يد البائع لا يجب عليه شيء ولكن يسقط الثمن عن المشتري وكذا الرهن غير مضمون بنفسه بل بالدين ألا ترى أنه اذا هلك لا يجب على المرتهن شيء ولكن يسقط الدين عن الراهن بقدره (وأما) الفعل فهو فعل التسليم في الجملة فتجوز الكفالة بتسليم المبيع والرهن لان المبيع مضمون التسليم على البائع والرهن مضمون التسليم على المرتهن في الجملة بعد قضاء الدين فكان المكفول به مضمونا على الاصيل وهو فعل التسليم فصحت الكفالة به لكنه اذا هلك لاشي على الكفيل لانه لم يبق مضمونا على الاصيل فلا يبقى على الكفيل ولو استأجر دابة للحمل فكفل رجل بالحمل فان كانت الدابة بعينها لم تجز الكفالة بالحمل وان كانت بغير عينها جازت لان في الوجه الاول الواجب على الاكفر فعل تسليم الدابة دون الحمل فلم تكن الكفالة بالحمل كفالة بفعل هو مضمون على الاصيل فلم تجز وفي الوجه الثاني الواجب عليه فعل الحمل دون تسليم الدابة فكانت الكفالة بالحمل كفالة بفعل هو مضمون على الاصيل فجازت وعلى هذا اذا كفل بنفس من عليه الحق جاز عند أصحابنا لان الكفالة بالنفس كفالة بالفعل وهو تسليم النفس وفعل التسليم مضمون على الاصيل فقد كفل بمضمون على الاصيل فجاز وكذا اذا كفل برأسه أو بوجهه أو برقبتيه أو بروحه أو بنصفه والاصل فيه أنه اذا أضاف الكفالة الى جزء جامع كالرأس والوجه والرقبة ونحوها جازت لان هذه الاجزاء يعبر بها عن جملة البدن فكان ذكرها ذكر البدن كما في باب الطلاق والعاق وكذا اذا أضاف الى جزء شائع كالنصف والثلث ونحوهما جازت لان حكم الكفالة بالنفس وجوب تسليم النفس بثبوت ولاية المطالبة والنفس في حق وجوب التسليم لا

تجزأ و ذكر بعض ما لا يتجزأ شرعاً ذكر لكه كما في الطلاق والعناق وإذا أضافها إلى اليد والرجل ونحوهما من
الاجزاء المعينة لا تجوز لأن هذه الاعضاء لا يبرها عن جميع البدن وهي في حكم الكفالة متجزئة فلا يكون ذكرها
ذكرًا لجميع البدن كما في الطلاق والعناق ولو قال في الكفالة بالنفس هو على جازلان هذا صريح في التزام تسليم
النفس وكذا إذا قال أنا ضامن لوجهه لأن الوجه جزء جامع ولو قال أنا ضامن لمعرفته لا تصح لأن المعرفة لا تحتمل أن
تكون مضمونة على الاصيل ولو قال للطالب أنا ضامن لك لم يصح لأن المضمون غير معلوم أصلاً ثم ما ذكرنا من
الكفالة بالنفس والعين والفعل أنها صحيحة وما ذكرنا من التفريعات عليها مذهب أصحابنا وقال الشافعي رحمه الله إنها
غير صحيحة (وجه) قوله أن الكفالة أضيفت إلى غير محلها فلا تصح ودلالة ذلك أن الكفالة التزام الدين فكان
محلها الدين فلم توجد والتصرف المضاف إلى غير عمله باطل ولأن القدرة على تسليم المكفول به شرط جواز الكفالة
والقدرة على الاعتاق لا تتحقق (ولنا) قوله عز وجل ولن جاء به حل مبروراً بأنه زعيم أخبر الله عز شأنه عن الكفالة
بالعين عن الأمم السالفة ولم يغير والحكيم إذا حكى عن منكر غيره ولا أن هذا حكم لم يعرف له مخالف من عصر الصحابة
والتابعين إلى زمن الشافعي رحمه الله فكان أنكار خروجاً عن الإجماع فكان باطلاً ولما ذكرنا أن هذه الكفالة
أضيفت إلى مضمون على الاصيل مقدور الاستيفاء من الكفيل فتصح أصله الكفالة بالدين وقوله الكفالة التزام
الدين ممنوع بل هي التزام المطالبة بمضمون على الاصيل وقد يكون ذلك ديناً وقد يكون عيناً والعين مقدورة التسليم في
حق الاصيل كالدين عبد مقرر بالرق في يدرجل فأخذ منه المولى كفيلاً بنفسه فأبقى فهو باطل لأنه كفل بماليس
بمضمون وكذا لو كفل بعد ابقائه لما قلنا وكذا لو ادعى رجل على إنسان أنه عبده وأنكر المدعى عليه وزعم أنه حر
وكفل رجل بنفسه حتى لو أقام البينة على أنه عبده فمات المدعى عليه لا شيء على الاصيل لماذا ذكرنا ولو كان المدعى في
يد ثالث فقال أنا ضامن لك قيمة هذا إن استحقته صحت الكفالة حتى لو أقام البينة على أنه عبده فمات المدعى عليه
فالكفيل ضامن كل قيمته لأن باقاة البينة تبين أنه كفل بمضمون صبي في يدرجل يدعى أنه ابنه وادعى رجل آخر
أنه عبده فضمن له إنسان فأقام المدعى البينة وقدمات الصبي فالكفيل ضامن لماذا ذكرنا أنه لما قامت البينة تبين أنه
كفيل بمضمون وعن محمد فممن ادعى على إنسان أنه غصبه عبد أقبيل أن يقيم البينة قال رجل أنا ضامن بالعبد الذي
يدعى فهو ضامن حتى يأتي بالعبد فيقيم البينة عليه لأنه كفل بمضمون على الاصيل وهو حاضر مجلس القاضي فإن
هالك واستحقته بينة فهو ضامن لقيمه لأنه تبين أنه كفل بمضمون بعين مضمون بنفسه ولو ادعى أنه غصبه ألف
درهم واستهلكها أو عبد أو مات في يده فقال رجل خله فأنا ضامن المأل أو لقيمة العبد فهو ضامن يأخذه به من ساعته
ولا يقف على إقامة البينة لأن بقوله أنا ضامن لقيمة العبد أقر بكون القيمة واجبة على الاصيل فقد كفل بمضمون على
الاصيل فلا يقف على البينة بخلاف الفصل الأول لأن هناك ما عرف وجوب القيمة باقراره بل بإقامة البينة فتوقف
عليها والنوع الثاني أن يكون المكفول به مقدور الاستيفاء على الكفيل ليكون المقدم مفيداً فلا تجوز الكفالة
بالحدود والقصاص لتعذر الاستيفاء من الكفيل فلا تفيد الكفالة فائدها وههنا شرط ثالث لكنه يخص الدين
وهو أن يكون لازماً فلا تصح الكفالة عن المكاتب لمولاه ببدل الكتابة لأنه ليس بدين لازم لأن المكاتب يملك
اسقاط الدين عن نفسه بالتعجيل لا بالكسب بمضمون وتجوز الكفالة بنفس من عليه القصاص في
النفس ومادونهما وبجد القذف والسرقة إذا بذلها المطلوب فأعطاهما كفيلاً بخلاف بين أصحابنا وهو الصحيح
لأنه كفالة بمضمون على الاصيل مقدور الاستيفاء من الكفيل فتصح كالكفالة بتسليم نفس من عليه الدين وإنما
اختلف لأنه إذا امتنع من إعطاء الكفيل عند الطلب هل يجبره القاضي عليه قال أبو حنيفة لا يجبره وقال أبو يوسف
ومحمد يجبره (وجه) قولهما إن نفس من عليه القصاص والحد مضمون التسليم عليه عند الطلب كنفس من عليه
الدين ثم تصح الكفالة بنفس من عليه الدين ويجبر عليها عند الطلب فكذا هذا ولا يبي حنيفة أن الكفالة شرعت

وثيقة والحدود مبناه على الدرء فلا يناسبها التوثيق بالجبر على الكفالة ولا يلزمه الحبس في الحدود والقصاص قبل
 بركة الشهود والحبس توثيق لأن الحبس للهمة لا للتوثيق لأن شهادة شاهدين أو شاهد واحد لا تخلو عن إراث
 تهمة فكان الحبس لأجل التهمة دون التوثيق ويجوز الجبر على إعطاء الكفيل في التمتع ير لانه لا يحتمل لدرئه لكونه
 حق العبد (وأما) الدين فتصح الكفالة به بلا خلاف لانه مضمون على الاصيل مقدور الاستيفاء من الكفيل
 والنوع الثاني أن يكون المكفول به مقدور الاستيفاء من الكفيل ليكون العقد مفيداً فلا تجوز الكفالة بالحدود
 والقصاص لتمذر الاستيفاء من الكفيل فلا تفيد الكفالة فأنتمها وهننا شرط ثالث لكنه يخص الدين وهو أن
 يكون لازماً فلا تصح الكفالة عن المكاتب لمولاه ببذل الكتابة لانه ليس بدين لازم لان المكاتب يملك اسقاط
 الدين عن نفسه بالتعجيل لا بالكسب فلو أجزنا الكفالة ببذل الكتابة لكان لا يخلو (أما) ان يملك الكفيل اسقاطه
 عن نفسه كما يملك الاصيل (وأما) ان لا يملك فان ملك لا تفيد الكفالة وان لم يملك لم يكن هذا التزاماً على الاصيل
 فلا يتحقق التصرف ككفالة ولا نالوا أجزنا هذه الكفالة لكان الدين على الكفيل ألزم منه على الاصيل لان المكاتب
 اذا مات عاجزاً بطل عنه الدين ولو مات الكفيل عاجزاً فمفسد لم يبطل عنه الدين فكان الحق على الكفيل ألزم منه
 على الاصيل وهذا خلاف ما توجبه الاصول ولان الكفالة جوازها بالعرف فلا تجوز فيها لا عرف فيه ولا عرف في
 الكفالة ببذل الكتابة وكذا لا تجوز الكفالة عن المكاتب لمولاه بسائر الديون سوى دين الكتابة لان غيره من
 الديون انما وجب للمولى عليه بمشيئته ألا ترى أنه لو لازم الكتابة عليه لما وجب عليه دين آخر فكان دين
 الكتابة أصلاً لوجوب دين آخر عليه فلما لم تجز الكفالة بالاصل فلان لا تجوز بالقرع أولى وأحرى ولا تجوز
 الكفالة ببذل السعاية عند أبي حنيفة وعندهما تجوز بناء على أن المستسعى بمنزلة المكاتب عنده وعندهما بمنزلة حر
 عليه دين وكون المكفول به معلوم الذات في أنواع الكفالات أو معلوم القدر في الدين ليس بشرط حتى لو كفل
 بأحد شيئين غير عيين بأن كفل بنفس رجل أو بما عليه وهو ألف جاز وعليه أحدهما أيهما شاء لان هذه جهالة
 مقدورة الدفع بالبيان فلا تمنع جواز الكفالة وكذا اذا كفل بنفس رجل أو بما عليه أو بنفس رجل آخر أو بما عليه
 جاز ويرأ بدفع واحد منهما الى الطالب ولو كفل عن رجل بما لفلان عليه أو بما يدركه في هذا البيع جاز لان
 جهالة قدر المكفول به لا تمنع صحة الكفالة قال الله تعالى جل شأنه ولن جاء به جمل بعير وأنا به زعيم أجاز الله تعالى عز
 شأنه الكفالة بحمل البعير مع أن الحمل يحتمل الزيادة والنقصان والله عز وجل أعلم ولو ضمن رجل بالعهد فضمانه باطل
 عند أبي حنيفة وعندهما صحيح (وجه) قولهما ان ضمان العهدة في متعارف الناس ضمان الدرك وهو ضمان الثمن عند
 استحقاق المبيع وذلك جائز بلا خلاف بين أصحابنا ولا في حنفية رحمه الله أن العهدة تحتل الدرك وتحتل الصحيفة
 وهو الصك وأحدهما وهو الصك غير مضمون على الاصيل فدارت الكفالة بالعهد بين ان تكون بمضمون وغير
 مضمون فلا تصح مع الشك فلم يكن عدم الصحة عنده لجهالة المكفول به بل لوقوع الشك في وجود شرط الجواز وهو
 كونه مضموناً على الاصيل وضمان الدرك هو ضمان الثمن عند استحقاق المبيع واذا استحق المبيع بمخاصم المشتري
 البائع أولاً فاذا قضى عليه بالثمن يكون قضاء على الكفيل وله أن يأخذ من أيهما شاء وليس له أن يخاصم الكفيل أولاً
 في ظاهر الرواية وروى عن أبي يوسف انه قال الكفيل يكون خصماً هذا اذا كان المبيع ماسوى العبد فان كان
 عبداً فظهر انه حر بالينة فلم يشتري أن يخاصم أيهما شاء بالاجماع ولو افسخ البيع بينهما بماسوى الاستحقاق بالرد
 بالعيب أو بخيار الشرط أو بخيار الرؤية لا يؤاخذ به الكفيل لان ذلك ليس من الدرك ولو أخذ المشتري رهناً بالدرك
 لا يصح بخلاف الكفالة بالدرك والفرق عرف في موضعه ولو بنى المشتري في الدار بناء ثم استحققت الدار ونقض
 عليه البناء فلم يشتري أن يرجع على بائعه بالثمن وقيمة بنائه مبنياً اذا سلم النقض الى البائع وان لم يسلم لا يرجع عليه إلا
 بالثمن خاصة في ظاهر الرواية وروى عن أبي يوسف أنه يرجع عليه بالثمن وقيمة البناء والتالف ولو سلم النقض

الى البائع وقضى عليه بالثمن وقيمة البناء مبنياً له ان يأخذ أيهما شاء بالثمن و يأخذ البائع قيمة البناء في ظاهر الرواية
وذكر الطحاوي أنه يأخذ أيهما شاء بهما جميعاً أن شاء أخذهما من البائع وأن شاء أخذهما من الكفيل بالدرك ثم يرجع
الكفيل على البائع ان كانت الكفالة بأمره جمل الطحاوي قيمة البناء بمنزلة الثمن وهو غير سديد لان المفهوم من
الدرك ضمان المشتري في متعارف الناس فلا تكون قيمة البناء داخلة تحت الكفالة بالدرك وكذلك لو كان المبيع
جارية فاستولدها المشتري ثم استحقها رجل وأخذ منه قيمة الجارية وقيمة الولد والعرفان المشتري يأخذ الثمن من
أيهما شاء ولا يؤخذ الكفيل بقيمة الولد والمشتري أن يأخذ قيمة الولد من البائع خاصة لانه لم يدخل تحت الكفالة
بالدرك والله عز وجل أعلم ولو كفّل بماله على فلان فقامت البيعة عليه بألف ضمنها الكفيل لانه تبين انه كفّل
بمضمون على الاصيل وان لم تقم البيعة فالقول قول الكفيل مع عينه في مقدار ما يقر به أما القول قوله في المقر به لانه
مال لازم بالتزامه فيصدق في القدر الملتزم كما اذا أقر على نفسه بمال مجهول وأما الثمن فلانه منكر الزيادة والقول قول
المنكر مع عينه في الشرع ولو أقر المكفول عنه بأكثر مما أقر به لم يصدق على كفيله لان اقرار الانسان بحجة في حق
نفسه لا في حق غيره لانه مقر في حق نفسه مدع في حق غيره ولا يظهر صدق المدعى إلا بحجة

فصل وأما بيان حكم الكفالة فنقول والله التوفيق للكفالة حكمان أحدهما ثبوت ولا ية مطالبة الكفيل بما
على الاصيل عند عامة مشايخنا ويطرد هذا الحكم في سائر أنواع الكفالات لان الكل في احتمال هذا الحكم على
السواء وانما يختلف محل الحكم من العين والدين والفعل فيطالب الكفيل بالدين بدين واجب على الاصيل لا عليه
فالدين على واحد والمطالب به اثنان غير أن الكفيل ان كان واحداً يطالب بكل الدين وان كان به كفيلاً
والدين ألف يطالب كل واحد منهما بمائة اذ لم يكفل كل واحد منهما عن صاحبه لانهما استويا في الكفالة
والمكفول به يحتمل الانقسام فيقسم عليهما في حق المطالبة كما في الشراء ويطالب الكفيل بالنفس باحضار
المكفول بنفسه ان لم يكن غائباً وان كان غائباً يؤخذ الكفيل الى مدة يمكنه احضاره فيها فان لم يحضر في المدة ولم يظهر
عجزه للقاضي حبسه الى أن يظهر عجزه له فاذا علم القاضي ذلك بشهادة الشهود أو غيرها أطلقه وأنظره الى حال القدرة على
احضاره لانه بمنزلة المفلس لكن لا يحول بين الطالب والكفيل بل يلازمه من الطالب ولا يحول الطالب أيضاً بينه
وبين أشغاله ولا يمنعه من الكسب وغيره ويطالب الكفيل بالعين بتسليم عينها ان كانت قائمة ومثلها أو قيمتها ان
كانت هالكة ويطالب الكفيل بتسليم العين وبالفعل بهما وقال بعض مشايخنا ان حكم الكفالة بالدين وجوب
أصل الدين على الكفيل والمطالبة مرتب عليه فيطالب الكفيل بدين واجب عليه لا على الاصيل كما يطالب
الاصيل بدين عليه لا على الكفيل فيتعذر الدين حسب تعدد المطالبة به أخذ شيخه الامام الشافعي رحمه الله وزعم
أن هذا يمنع من حجة الكفالة بالايمان المضمونة والنفس والفعل لان هذا الحكم لا يتحقق في الكفالة بغير الدين وهذا
غير سديد لان الكفالات أنواع لكل نوع حكم على حدة فانهام حكم نوع منها لا يدل على انعدام حكم نوع آخر
فأما براءة الاصيل فليس حكم الكفالة عند عامة العلماء والطالب بالخيار ان شاء طالب الاصيل وان شاء طالب
الكفيل الا اذا كانت الكفالة بشرط براءة الاصيل لانها حوالة معني أو كانت مقيدة بما عليه من الدين لانها في
معنى الحوالة أيضاً وقال ابن أبي ليلى ان الكفالة توجب براءة الاصيل والصحيح قول العامة لان الكفالة تنفي
عن الضم وهو ضم ذمة الى ذمة في حق المطالبة بما على الاصيل أو في حق أصل الدين والبراءة تنافي الضم ولان الكفالة
لو كانت مبرئة لكانت حوالة وهما متغايران لان تغاير الاسامي دليل تغاير الماهي في الاصيل وأيها اختار مطالبته لا
يرأى الآخر بل يملك مطالبته فرق بين هذا وبين غاصب الغاصب ان للمالك أن يضمن أيهما شاء فاذا اختار تضمين
أحدهما يملك اختيار تضمين الآخر (ووجه) الفرق أن المضمونات تملك عند اختيار الضمان فاذا اختار تضمين
أحدهما فقد هلك المضمون فلا يملك الرجوع عنه وهذا المعنى هنا معدوم لان اختيار الطالب مطالبة أحدهما بالمضمون

لا يتضمن ملك المضمون فهو الفرق وكذا فرقوا بين هذابين العبد المشترك بين اثنين أعتقه أحدهما وهو موسر حتى يثبت للشرىك الساكت اختيار تضمين المعتق واستسعاء العبد فاختيار أحدهما يبطل اختيار الآخر لأنه لا اختار الضمان صار نصيبه منقولاً إلى المعتق عند اختياره لأن المضمونات تملك عند اختيار الضمان فلو اختار الاستسعاء يسمى وهو رقيق وانما يعتق كله باداء السعاية بينهما تناف ولا تناف ههنا لأن الطالب لا يملك المضمون باختيار المطالبة فيملك مطالبة الآخر والثاني ثبوت ولاية مطالبة الكفيل الاصيل اذا كانت الكفالة بأمره في الأنواع كلها ثم اذا كانت الكفالة بالنفس فطالب الكفيل يتسلم نفسه إلى الطالب اذا طالبه وان كانت بالعين المضمونة يطالب بتسليم عينها اذا كانت قاعة وتسليم مثلها أو قيمتها اذا كانت هالكه اذا طوّل به وان كانت بفعل التسليم والحمل يطالب بهما وان كانت بدين يطالبه بالخلاص اذا طوّل فكما طوّل الكفيل طالب هو المكفول عنه بالخلاص وان حبس فله ان يحبس المكفول عنه لانه هو الذي أوقعه في هذه العهدة فكان عليه تخليصه منها وان كانت الكفالة بغير أمره فليس للكفيل حق ملازمة الاصيل اذا لزم ولا حق الحبس اذا حبس وليس له أن يطالب بالمال قبل أن يؤدي هو وان كانت الكفالة بأمره لان ولاية المطالبة انما تثبت بحكم القرض والتملك على ما ذكره وكل ذلك يتفق على الاداء ولم يوجد بخلاف الوكيل بالشراء ان له ولاية مطالبة الموكل بالتمن بعد الشراء قبل أن يؤدي هو من مال نفسه لان هناك الثمن يقابل المبيع والملك في المبيع كما وقع للموكل فكان الثمن عليه فكان له أن يطالب به وههنا المطالبة بسبب القرض أو التملك ولم يوجد ههنا اذا أدى كان له أن يرجع عليه اذا كانت الكفالة بأمره لان الكفالة بالامر في حق المطلوب استقراض وهو طلب القرض من الكفيل والكفيل باداء المال مقرض من المطلوب ونائب عنه في الاداء إلى الطالب وفي حق الطالب تملك ما في ذمة المطلوب من الكفيل بما أخذ منه من المال والمقرض يرجع على المستقرض بما أقرضه والمشتري يملك الشراء بالبيع لا غير هذا

فصل وأما بيان ما يخرج به الكفيل عن الكفالة فنقول والله التوفيق اما الكفيل بالمال فانما يخرج عن الكفالة بأحد أمرين أحدهما أداء المال إلى الطالب أو ما هو في معنى الاداء سواء كان الاداء من الكفيل أو من الاصيل لان حق المطالبة للتوصل إلى الاداء فاذا وجد فقد حصل المقصود فينهي حكم العقد وكذا اذا وهب الطالب المال من الكفيل أو من الاصيل لان الهبة بمنزلة الاداء لما ذكرنا وكذا اذا تصدق به على الكفيل أو على الاصيل لان الصدقة تملك كالهبة فكان هو وأداء المال سواء كالهبة والثاني البراء وما هو في معناه فاذا أبرأ الطالب الكفيل أو الاصيل خرج عن الكفالة غير انه اذا أبرأ الكفيل لا يبرأ الاصيل واذا أبرأ الاصيل يبرأ الكفيل لان الدين على الاصيل لا على الكفيل انما عليه حق المطالبة فكان ابراء الاصيل اسقاط الدين عن ذمته فاذا سقط الدين عن ذمته يسقط حق المطالبة ضرورة لان المطالبة بالدين ولا دين محال فاما ابراء الكفيل فبراءة عن المطالبة لا عن الدين اذا لا دين عليه وليس من ضرورة اسقاط حق المطالبة عن الكفيل سقوط أصل الدين عن الاصيل لكن يخرج الكفيل عن الكفالة لان حكم الكفالة عن المطالبة عن الكفيل فاذا سقطت تنهى الان ابراء الاصيل يرتد بالرد وكذا الهبة منه أو التصديق عليه وبراء الكفيل لا يرتد بالرد والهبة منه والتصديق عليه والفرق بين هذه الجملة يعرف في موضعه ان شاء الله تعالى واذا ارتدت هذه التصرفات رد الاصيل عاد الدين إلى ذمته وهل تعود المطالبة بالدين إلى الكفيل يختلف المشايخ فيه ولو أبرأ الاصيل أو وهب منه بعد موته فرد ورتته يرتد عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وعند محمد رحمه الله لا يرتد (وجه) قوله ان هذا بمنزلة ما لو أبرأه حال حياته ثم مات قبل الرد وهناك لا يرتد برد الورثة فكذا هذا ولهما ان ابراءه بعد موته ابراء لو رتته لانهم يطالبون بدينه من ماله بعد موته وبراء الورثة يرتد بردهم بخلاف حال الحياة لانهم لا يطالبون بدينه بوجه فاقصر حكم الابراء عليه فلا يرتد بالورثة وكذا وقال الطالب للكفيل برئت إلى من المال لان هذا اقرار بالقبض والاستيفاء لانه جعل نفسه غاية لبراءته والبراءة التي هي غايتها

نفسه هي براءة القبط والاستيفاء برئاً جميعاً لأن استيفاء الدين يوجب براءة جميعاً فيرجع الكفيل على الاصيل
اذا كانت الكفالة بأمره لما ذكرنا ولو قال برئت من المال ولم يقل الى فكذلك عند أبي يوسف وهذا وقوله برئت
الى سواء عنده وعند محمد يبرأ الكفيل دون الاصيل وهذا وقوله أبرأتك سواء عنده (وجه) قول محمد ان البراءة عن
المال قد تكون بالاداء وقد تكون بالبراءة فلا تحمل على الاداء لا بدليل زائد وقد وجد ذلك في الفصل الاول وهو
قوله الى لان ذلك ينهي عن معنى الاداء لما ذكرنا ولم يوجد هنا فتحمل على البراءة لان البراءة حكم البراءة في الاصل
(وجه) قول أبي يوسف ان البراءة المضافة الى المال تستعمل في الاداء عرفاً وعادة فتحمل عليه ولا يجوز تعليق البراءة
من الكفالة بشرط لان البراءة فيها معنى التمليك والتعليك لا يحتمل التعليق بالشرط ولو أحال الكفيل الطالب بمال
الكفالة على رجل وقبلة الطالب فالحتمل عليه يخرج عن الكفالة عند أصحابنا الثلاثة وكذا اذا أحاله المطلوب بمال
الكفالة على رجل وقبلة لان الحوالة مبرئة عن الدين والمطالبة جميعاً عند عامة مشايخنا وعند بعضهم مبرئة عن المطالبة
وابراء الكفيل والاصيل مخرج عن الكفالة لما ذكرنا وعند زفر لا يخرج الكفيل عن الكفالة بالحوالة لان الحوالة
عنده ليست بمبرئة أصلاً لما يأتي في كتاب الحوالة ان شاء الله تعالى وكذلك الكفيل يخرج عن الكفالة بالصلح كما
يخرج بالحوالة بان يصلاح الكفيل الطالب على بعض المدعي لان الصلح على جنس المدعي اسقاط بعض الحق فكان
فيه معنى البراءة وعلى خلاف الجنس معاوضة فكان في معنى البراءة وكل ذلك يخرج عن الكفالة غير ان في حالين
يبرأ الكفيل والاصيل جميعاً وفي حال يبرأ الكفيل دون الاصيل (أما) الحالتان اللتان برى فيهما الكفيل والاصيل
جميعاً احدهما أن يقول الكفيل للطالب صالحتك من الالف على خمسمائة على اني والمكفول منه برئان من
الخمسمائة الباقية ويكون الطالب في الخمسمائة التي وقع عليها الصلح بالخيار ان شاء أخذها من الكفيل ثم الكفيل يرفع
بها على الاصيل وان شاء أخذها من الاصيل والثانية أن يقول صالحتك على خمسمائة مطلقاً عن شرط البراءة أصلاً
لما ذكرنا قبل هذا ان البراءة المضاف الى المال المحرر عن شرط البراءة المضافة الى الكفيل ابراء عن الدين والدين
واحد فاسقط عن الاصيل سقطت المطالبة عن الكفيل (وأما) الحوالة التي يبرأ الكفيل فيها دون الاصيل فهي
أن يقول الكفيل للطالب صالحتك على اني برى من الخمسمائة وقد بينا الفرق من قبل والطالب بالخيار ان شاء أخذ
جميع دينه من الاصيل وان شاء أخذ من الكفيل خمسمائة ومن الاصيل خمسمائة ثم يرجع الكفيل على الاصيل
بما أدى ان كان الصلح بأمره (وأما) الكفيل بالنفس فيخرج عن الكفالة بثلاثة أشياء احداها تسليم النفس الى
الطالب وهو التخليه بينه وبين المكفول بنفسه في موضع يقدر على احضاره بمجلس القاضي لان التسليم في مثل هذا
الموضع محصل للمقصود من العقد وهو ما كان استيفاء الحق بالرافعة الى القاضي فاذا حصل المقصود انتهى حكمه
فيخرج عن الكفالة ولو سلمه في صحراء أو بركة لا يخرج لانه لم يحصل المقصود ولو سلم في السوق أو في المصر يخرج
سواء أطلق الكفالة أو قيدها بالتسليم في مجلس القاضي أما اذا أطلق فظاهر لانه يتقيد بمكان يقدر على احضاره بمجلس
القاضي بدلالة الفرض وكذا اذا قيد لان التسليم في هذه الحالة ممكنة تسليم في مجلس القاضي بواسطة ولو شرط أن يسلمه
في مصر معين فسلمه في مصر آخر يخرج عن الكفالة عند أبي حنيفة وعندهما لا يخرج عنها الا أن يسلمه في المصر
المشروط (وجه) قولهما ان التقيد بالمصر مفيد لجواز أن يكون للطالب بينة يقدر على اقامتها فيه دون غيره فكان
التعيين مفيداً لتقيده (وجه) قول أبي حنيفة رحمه الله ما ذكرنا ان المقصود من تسليم النفس هو الوصول الى الحق
بالرافعة الى القاضي وهذا الفرض ممكن الاستيفاء من كل قاض فلا يصح التعيين ولو سلمه في السواد ولا قاض فيه
لا يخرج عن الكفالة لان التسليم في مثل هذا المكان لا يصلح وسيلة الى المقصود فكان وجوده وعدمه بمنزلة واحدة
ولو شرط أن يدفعه اليه عند الامير فدفعه اليه عند القاضي يخرج عن الكفالة وكذا اذا عزل الامير وولى غيره فدفعه
اليه عند الثاني لان التسليم عند كل من ولى ذلك محصل للمقصود فلم يكن التقيد مفيداً فلا يتقيد ولو كفله جماعة بنفس

رجل كفالة واحدة فأحضره أحدهم برؤا جميعاً وأن كانت الكفالة متفرقة لم ير الباقون (ووجهه) الفرقان الداخل تحت الكفالة الواحدة فعل واحد وهو الاحضار وقد حصل ذلك بواحد والداخل تحت الكفالات المتفرقة أفعال متفرقة فلا يحصل باحضار واحد إلا براءة فيبرأ هودون الباقيين وليس هذا كما إذا كفل جماعة بمال واحد كفالة واحدة ومتفرقة فأدى أحدهم برى الباقون لأن الدين يسقط عن الاصيل بأداء المال فلا يبقى على الكفيل لماسر والله سبحانه وتعالى أعلم ولو كفل بنفس رجل فان لم يوف به غداً فعليه ما عليه وهو كذا فلقى الرجل الطالب فخاصمه الطالب ولا زمه فالمال على الكفيل وان لازمه الى آخر اليوم لانه لم يوجد من الكفيل الموافقة ولو قال الرجل للطالب قد دفعت نفسي اليك عن كفالة فلان يرأ الكفيل من المال سواء كانت الكفالة بالنفس بأمره أو لانه أقام نفسه مقام الكفيل في التسليم عنه فيصح التسليم كن تبرع بقضاء دين غيره ان هناك لا يجبر على القبول وهنا يجبر عليه والفرق ان انعدام الجبر على القبول في باب المال للتحرز عن حقوق المنة المطلوبة من جهة المتبرع لان نفسه بر بما لا تطاوعه بتحمل المنة فيتضرر به وهذا المعنى هنا معدوم لان تسليم نفسه واجب عليه ولا منة في أداء الواجب سواء كانت الكفالة بالنفس بأمره أو بغير أمره لان نفسه مضمون التسليم في الحالين والثاني البراء اذا برأ الطالب الكفيل من الكفالة بالنفس خرج عن الكفالة لان حكم الكفالة بالنفس حق المطالبة بتسليم النفس وقد أسقط المطالبة عنه بالبراءة فينتهي الحق ضرورة ولا يكون هذا البراء للاصيل لانه أسقط المطالبة عنه دون الاصيل ولو أبرأ الاصيل برأ جميعاً لان الكفالة بمضمون على الاصيل وقد بطل الضمان بالبراءة فينتهي حكم الكفالة والثالث موت المكفول بنفسه لان الكفالة بمضمون على الاصيل وقد سقط الضمان عنه فيسقط عن الكفيل والله عز وجل أعلم (وأما) الكفيل بالاعيان المضمونة بنفسها والافعال المضمونة تخرج عن الكفالة بأحد أمرين أحدهما تسليم العين المضمونة بنفسها ان كانت قائمة وتسليم مثلها أو قيمتها ان كانت هالكة وبمحصل الفعل المضمون وهو التسليم والحمل والثاني البراء فلا يخرج بموت الغاصب والبائع والمكاري لان نفس هؤلاء غير مكفول بها حتى يسقط بموتهم والله تعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما رجوع الكفيل فجملة الكلام في الرجوع في موضعين أحدهما في شرائط ولاية الرجوع والثاني في بيان ما يرجع به (أما) الشرط فأشأنواع (منها) ان تكون الكفالة بأمر المكفول عنه لان معنى الاستقراض لا يتحقق بدونه ولو كفل بغير أمره لا يرجع عليه عند عامة العلماء وقال مالك رحمه الله يرجع والصحيح قول العامة لان الكفالة بغير أمره تبرع بقضاء دين الغير فلا يحتمل الرجوع (ومنها) أن يكون باذن صحيح وهو اذن من يجوز اقراره على نفسه بالدين حتى انه لو كفل عن الصبي المحجور باذنه فأدى لا يرجع لان اذنه بالكفالة لم يصح لانه من المكفول عنه استقراض واستقراض الصبي لا يتعاقب به الضمان (وأما) العبد المحجور فاذنه بالكفالة صحيح في حق نفسه حتى يرجع عليه بعد العتاق لكن لا يصح في حق المولى فلا يؤاخذ به في الحال والله عز وجل أعلم (ومنها) اضافة الضمان اليه بأن يقول اضمن عنى ولو قال اضمن كذا ولم يضيف الى نفسه لا يرجع لانه اذا لم يضيف اليه فالكفالة لم تقع اقراراً بآياه فلا يرجع عليه (ومنها) أداء المال الى الطالب أو ما هو في معنى الاداء اليه فلا يملك الرجوع قبل الاداء لان معنى الاقراض والتملك لا يتحقق إلا بأداء المال فلا يملك الرجوع قبله (ومنها) أن لا يكون للاصيل على الكفيل دين مثله فاما اذا كان فلا يرجع لانه اذا أدى الدين التقي الدينان قصاصاً اذ لو ثبت للكفيل حق الرجوع على الاصيل لثبت للاصيل أن يرجع عليه أيضاً فلا يفيد فيسقطان جميعاً ولو وهب صاحب الدين المال للكفيل يرجع على الاصيل لان الهبة في معنى الاداء لانه لما وهب منه فقد ملك ما في ذمة الاصيل فيرجع عليه كما اذا ملكه بالاداء واذا وهب الدين من الاصيل برى الكفيل لان هذا أداء المال سواء لانه لما وهب منه فقد ملك ما في ذمته كما اذا أدى ومتى برى الاصيل برى الكفيل لان براءة الاصيل توجب براءة الكفيل ولومات الطالب فورثة الكفيل

يرجع على الاصيل ولو ورثه الاصيل يبرأ الكفيل لان الارث من أسباب الملك فيملكه الاصيل ومتى ملكه
برئ فيبرأ الكفيل كما اذا أدى ولو أبرأ الطالب الكفيل لارجع على الاصيل لان الابراء اسقاط وهو في حق
الكفيل اسقاط المطالبة لا غير ولهذا لا توجب براءة الكفيل براءة الاصيل فلم يكن فيه معنى تعليق الدين أصلاً فلا
يرجع ولو أبرأ الكفيل المكفول عنه مما ضمنه بأمره قبل أدائه أو وهبه منه جاز حتى لو أداه الكفيل بعد ذلك
لا يرجع عليه لان سبب وجوب الحق له على الاصيل وهو العقد باذنه موجود والبراءة عن الحق بعد وجود سبب
الوجوب قبل الوجوب جائز كالأبراء عن الاجرة قبل مضي مدة الاجارة ولو لم يؤد الكفيل ما كفله به حتى عجل
الاصيل لما كفله عنه ودفع الى الكفيل بنظر ان دفعه اليه على وجه القضاء يجوز لان ولاية الرجوع على الاصيل
ان لم تكن ثابتة له في الحال لكنها ثبتت بعد الاداء فاشبه الدين المؤجل اذا عجله المطلوب قبل حل الاجل انه يقبل منه
ويكون قضاء كذا هذا ويرى الاصيل من دين الكفيل ولكن لا يبرأ عن دين المكفول له وله أن يطالب أيهما شاء
فان أخذ من الاصيل كان له أن يرجع على الكفيل بما أدى لانه تبين انه لم يكن قضاء وان كان الكفيل تصرف في
ذلك المعجل ورجع هل يطيب له الرجحان ينظر ان كان الدين دراهم أو دنانير يطيب بالاجماع لانهما لا يتعينان في عقود
المعاوضات فحصل التمايل باذن صاحبهما فيطيب له الرجحان وان كان الدين مكيلاً أو موز وناهما يتعينان في العقد يطيب له
الرجحان أيضاً عند أبي يوسف ومحمد وعن أبي حنيفة رحمه الله ثلاث روايات ذكر في كتاب البيوع انه يطيب له الرجحان
ولم يذكر الخلاف وفي رواية قال يتصدق وفي رواية قال أحب الى أن يرد الرجحان على المكفول عنه هذا اذا دفعه اليه على
وجه القضاء فاما اذا دفعه على وجه الرسالة ليؤدي الدين مما دفعه اليه لا على وجه القضاء فتصرف فيه الوكيل ورجح
لا يطيب له الرجحان سواء كان الدين دراهم أو دنانير أو غيرهما من المكيلات والموزونات عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي
يوسف يطيب وهو كاختلافهم في المودع والغاصب اذا تصرف في الوديعة والمنصوب ورجح فيهما انه لا يطيب له
الرجحان عندهما وعند أبي يوسف يطيب والمسئلة تأتي في موضعها ان شاء الله تعالى ولو قال الطالب للكفيل برئت الى
من المال يرجع على الاصيل بالاجماع لان هذا اقرار بالقبض والاستيفاء لاندكر وفي قوله برئت من المال اختلاف
نذكره بعد هذا ان شاء الله تعالى ولو كفل رجلان لرجل بأمره بألف درهم حتى ثبت للطالب ولاية المطالبة
كل واحد منهما بخمسائة فأدى أحدهما شيئاً من مال الكفالة فأراد أن يرجع على صاحبه فهذا لا يخلو اما ان كفل كل
واحد منهما عن صاحبه بما عليه وقت العقد أو بعده أو كفل واحد منهما عن صاحبه بما عليه دون الآخر أو لم يكفل
واحد منهما عن صاحبه أصلاً فان لم يكفل واحد منهما عن صاحبه أصلاً لا يرجع على صاحبه بشيء مما أدى لانه
أدى عن نفسه لا عن صاحبه أصلاً لانه لم يكفل عنه ولكنه يرجع على الاصيل لانه كفيل عنه بأمره وان كفل
واحد منهما عن صاحبه بما عليه ولم يكفل عنه صاحبه بما عليه فالقول قول الكفيل فيما أدى انه من كفالة صاحبه اليه أو
من كفالة نفسه لانه لزمه المطالبة بالمال من وجهين أحدهما من جهة كفالة نفسه عن الاصيل والثاني من جهة الكفالة
عن صاحبه وليس أحد الوجهين أولى من الآخر فكان له ولاية الاداء عن أيهما شاء فاذا قال أدبته عن كفالة صاحبي
يصدق ويرجع عليه لانه كفل عنه بأمره سواء أدى المال الى الطالب ثم قال ذلك أو قال ابتداء اني أدبته عن كفالة
صاحبي وكذا اذا قال أدبته عن كفالة الاصيل فقبل منه ويرجع عليه لانه كفل عنه بأمره سواء قال ذلك بعد اداء
المال الى الطالب أو عنده ابتداء وان كفل كل واحد منهما عن صاحبه بما عليه فأدى كل واحد منهما يكون عن
نفسه الى خمسمائة ولا يقبل قوله فيه انه أدى عن شريكه لا عن نفسه بل يكون عن نفسه الى هذا القدر فلا
يرجع على شريكه وكذا اذا قال ابتداء اني أدبته عن شريكه لا عن نفسي لا يقبل منه ويكون عن نفسه
الى هذا القدر ولا يرجع على شريكه ما لم يزد المؤدى على خمسمائة لان المؤدى الى خمسمائة له معارض والزيادة
لا معارض لها فاذا زاد على خمسمائة يرجع بالزيادة ان شاء على شريكه وان شاء على الاصيل وكذا لو اشترى

رجلان عبداً بألف درهم وكفل كل واحد منهما عن صاحبه بمحضته من الثمن فما أدى أحدهما يقع عن نفسه ولا يرجع على شريكه حتى يزيد على النصف لما ذكرنا وكذلك المتفاوضان إذا افتقرا وعليهما دين فلصاحب الدين أن يطالب كل واحد منهما وأيهما أدى شيئاً لا يرجع على شريكه حتى يزيد المؤدى على النصف لما ذكرنا هذا إذا كفلا كفالة واحدة ولم يكفل كل واحد منهما عن صاحبه بجميع المال فأما إذا كفل كل واحد منهما كفالة متفرقة بجميع المال عن المطلوب ثم كفل كل واحد منهما عن صاحبه بما عليه فما أدى أحدهما شيئاً يرجع بكل المؤدى على الاصيل إن شاء وإن شاء يرجع بنصفه على شريكه لأن حق المطالبة بجميع المال لزم كل واحد منهما من وجهين الكفالة عن نفسه والكفالة عن صاحبه على السواء فيقع المؤدى نصفه عن نفسه ونصفه عن صاحبه لتساويهما في الكفالتين بالمؤدى وإذا وقع نصف المؤدى عن صاحبه فيرجع عليه ليساويه في الاداء كما سواه في الكفالة بالمؤدى بخلاف الفصل الاول لأن هناك كل واحد منهما أصيل في نصف المال بالكفالة عن نفسه كفيل عن صاحبه بالكفالة عنه فيكون مؤدياً عن نفسه إلى النصف وهما بخلافه لما مر

فصل وأما بيان ما يرجع به الكفيل فنقول والله التوفيق إن الكفيل يرجع بما كفل لا بما أداه حتى لو كفل عن رجل بدرهم صحاح جيداً فأعطاه مكسرة أو زبواً ونحو ذلك به المطالبة يرجع عليه بالصحيح الجيد لأنه بالاداء ملك ما في ذمة الاصيل فيرجع بالمؤدى وهو الصحيح الجيد وليس هذا كالأمر بأداء الدين له إن يرجع بالمؤدى لا بالدين لأنه بالاداء ملك الدين بل أقرض المؤدى من الأمر فيرجع عليه بما أقرضه وكذلك لو أعطى بالدرهم دنانير أو شيئاً من المكيل أو الموزون فإنه يرجع عليه بما كفل لا بما أدى لما ذكرنا بخلاف ما إذا صالح من الألف على خمسمائة أنه يرجع بالخمسمائة لا بالألف لأنه بأداء الخمسمائة ملك ما في ذمة الاصيل وهو الألف لأنه لا يمكن إيقاع الصلح تملكها لأنها تؤدي إلى الرافق إسقاط البعض الحق والساقط لا يحتمل الرجوع به وعن محمد فممن كفل بخمسة دنانير فصالح الطالب الكفيل على ثلاثة ولم يقل أصالحك على أن تبرئني فالصلح واقع عن الاصيل والكفيل جميعاً وبرئ جميعاً ويرجع الكفيل على الاصيل بثلاثة دنانير ولو قال أصالحك على ثلاثة على أن تبرئني فهذا براءة عن الكفيل خاصة ويرجع الطالب على المطلوب بدنانيرين لأن في الفصل الاول إيقاع الصلح على ثلاثة دنانير تصرف في نفس الحق باسقاط بعضه فكان الصلح واقعاً عنهما جميعاً فيبرأ جميعاً ويرجع الكفيل على الاصيل بثلاثة دنانير لأنه ملك هذا القدر بالاداء فيرجع به عليه (وأما) في الفصل الثاني فإضافة الصلح إلى ثلاثة مقروناً بشرط الإبراء المضاف إلى الكفيل إبراء الكفيل عن المطالبة بدنانيرين وإبراء الكفيل لا يوجب إبراء الاصيل فيبرأ الكفيل ويبقى الديناران على الاصيل فيأخذه الطالب منهما والله التوفيق

كتاب الحوالة

الكلام في هذا الكتاب يقع في مواضع في بيان ركن الحوالة وفي بيان شرائط الركن وفي بيان حكم الحوالة وفي بيان ما يخرج به المحال عليه عن الحوالة وفي بيان الرجوع بعد الخروج أنه هل يرجع أم لا (أما) ركن الحوالة فهو الإيجاب والقبول الإيجاب من المحيل والقبول من المحال عليه والمحال جميعاً فلا يجاب أن يقول المحيل للطالب أحلتك على فلان هكذا والقبول من المحال عليه والمحال أن يقول كل واحد منهما قبلت أو رضيت أو نحو ذلك مما يدل على القبول والرضا وهذا عند أصحابنا وقال الشافعي رحمه الله أن لا يمكن للمحيل على المحال عليه دين فكذلك فأما إذا كان له عليه دين فتم بإيجاب المحيل وقبول المحتال (وجهه) قوله أن المحيل في هذه الصورة مستوف حق نفسه بيد الطالب فلا يقف على قبول من عليه الحق كما إذا وكله بالقبض وليس هو كالحال لأن الحوالة تصرف عليه بنقل حقه من ذمة إلى ذمة مع اختلاف الذم فلا يصح من غير رضا صاحب الحق (ولنا) أن الحوالة تصرف على المحال

عليه ينقل الحق الى ذمته فلا يتم الا بقبوله ورضاه بخلاف التوكيل بقبض الدين لانه ليس تصرفا عليه بنقل الواجب اليه ابتداء بل هو تصرف بأداء الواجب فلا يشترط قبوله ورضاه ولان الناس في اقتضاء الديون والمطالبة بها على التفاوت بعضهم أسهل مطالبة واقتضاء و بعضهم أصعب فلا بد من قبوله ليكون لزوم ضرر الصعوبة مضافا الى التزامه

فصل وأما الشرائط فانواع بعضها يرجع الى المحيل وبعضها يرجع الى المحال وبعضها يرجع الى الحال عليه

وبعضها يرجع الى المحال به (أما) الذي يرجع الى المحيل فانواع (منها) أن يكون عاقلا فلا تصح حوالة المجنون والصبي الذي لا يعقل لان العقل من شرائط أهلية التصرفات كلها (ومنها) أن يكون بالغاً وهو شرط النفاذ دون الانعقاد فتنعقد حوالة الصبي العاقل موقوفاً نفاذه على اجازة وليه لان الحوالة ابراء بحالها وفيها معنى المعاوضة بما لها خصوصاً اذا كانت مقيدة فتنعقد من الصبي كالبيع ونحوه فأما حريية المحيل فليست بشرط لصحة الحوالة حتى تصح حوالة العبد ما ذونا كان في التجارة أو محجوراً لانها ليست بتبرع بالزام شيء كالكفالة فيملكها العبد غير انه ان كان ما ذونا في التجارة رجع عليه المحال عليه للمال اذا أدى ولم يكن للعبد عليه دين مثله ويتعلق برقبته وان كان محجوراً يرجع عليه بعد العتق وكذلك الصحة ليست بشرط لصحة الحوالة لانها من قبل المحيل ليست بتبرع فتصح من المريض (ومنها) رضا المحيل حتى لو كان مكرها على الحوالة لا تصح لان الحوالة ابراء فيها معنى التملك فتفسد بالاكراه كسائر التمليكات (وأما) الذي يرجع الى المحال فانواع (منها) العقل لما ذكرنا ولا ن قبوله ركن وغير العاقل لا يكون من أهل القبول (ومنها) البلوغ وانه شرط النفاذ لا شرط الانعقاد فينعقد احتياله موقوفاً على اجازة وليه ان كان الثاني أملاً من الاول وكذا الوصي اذا احتال بمال اليتيم لا تصح الا بهذه الشريطة لانه منهى عن قربان ماله الاعلى وجهه الاحسن للآية الشريفة فيه ولا تقر بوامال اليتيم الا بالتي هي أحسن (ومنها) الرضا على لو احتال مكرها لا تصح لما ذكرنا (ومنها) مجلس الحوالة وهو شرط الانعقاد عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف شرط النفاذ حتى ان المحتال لو كان غائباً عن المجلس فبلغه الخبر فاجاز لا ينفذ عندهما وعند أبي يوسف ينفذ والصحيح قوطها لان قبوله من أحد الاركان الثلاثة فكان كلامهما بدون شرط العقد فلا يقف على غائب عن المجلس كما في البيع (وأما) الذي يرجع الى المحال عليه فانواع أيضاً (منها) العقل فلا يصح من المجنون والصبي الذي لا يعقل قبول الحوالة أصلاً لما ذكرنا (ومنها) البلوغ وانه شرط الانعقاد أيضاً فلا يصح من الصبي قبول الحوالة أصلاً لما ذكرنا وان كان عاقلاً سواء كان محجوراً عليه أو ما ذونا في التجارة وسواء كانت الحوالة بغير أمر المحيل أو بأمره (أما) اذا كانت بغير أمره فظاهر لانه لا يملك الرجوع على المحيل فكان تبرعاً بجدائه واتهامه وكذلك اذا كانت بأمره لانه تبرع بابتدائه فلا يملكه الصبي محجوراً كان أو ما ذونا في التجارة كالكفالة وان قبل عنه وليه لا يصح أيضاً لانه من التصرفات الضارة فلا يملكه الولي (ومنها) الرضا حتى لو أكره على قبول الحوالة لا يصح (ومنها) المجلس وانه شرط الانعقاد عندهما لما ذكرنا في جانب المحيل (وأما) الذي يرجع الى المحال به فنوعان أحدهما أن يكون ديناً فلا تصح الحوالة بالاعيان القائمة لانها نقل ما في الذمة ولم يوجد والثاني أن يكون لازماً فلا تصح الحوالة بدين غير لازم كبذل الكتابة وما يجري مجراه لان ذلك دين تسمية لا حقيقة اذ المولى لا يجب له على عبده دين والا صل ان كل دين لا تصح الكفالة به لا تصح الحوالة به (وأما) وجوب الدين على المحال عليه للمحيل قبل الحوالة فليس بشرط لصحة الحوالة حتى تصح الحوالة بسواء كان للمحيل على المحال عليه دين أو لم يكن وسواء كانت الحوالة مطلقة أو مقيدة والجملة فيه ان الحوالة نوعان مطلقة ومقيدة فالمطلقة أن يحيل بالدين على فلان ولا يقيد بالدين الذي عليه والمقيدة أن يقيد بذلك والحوالة بكل واحدة من النوعين جائزة لقوله عليه الصلاة والسلام من أجيل على ملي فليتب مع غير فصل الا أن الحوالة المطلقة تخالف الحوالة المقيدة في أحكام (منها) انه اذا أطلق الحوالة ولم يكن له على المحال عليه دين فان المحال يطلب المحال عليه بدين الحوالة لا غير وان كان له عليه دين فان المحال عليه يطلب بدينين دين الحوالة ودين المحيل فيطالبه

الحال بدين الحوالة وبطالته المحيل بالدين الذي له عليه ولا ينقطع حق المطالبة للمحيل بدينه بسبب الحوالة لأن الحوالة لم تقيد بالدين الذي للمحال عليه لأنها وجدت مطابقة عن هذه الشرية فيتعلم دين الحوالة بنعته ودين المحيل بقي على حاله وإذا قيد بالدين الذي عليه ينقطع حق المطالبة المحيل لأنه قيد الحوالة بهذا الدين فيتعلم به ويكون ذلك الدين بمنزلة الرهن عنده وإن لم يكن رهناً على الحقيقة (ومنها) أنه لو ظهرت براءة المحال عليه من الدين الذي قيدت به الحوالة بأن كان الدين ممن مبيع فاستحق المبيع تبطل الحوالة ولو سقط عنه الدين لمعنى عارض بأن هلك المبيع عند البائع قبل التسليم بعد الحوالة حتى سقط الثمن عنه لا تبطل الحوالة عنه لكن إذا أدى الدين بعد سقوط الثمن يرجع بما أدى على المحيل لأنه قضى دينه بامرره ولو ظهر ذلك في الحوالة المطابقة لا يبطل لأنه لما قيد الحوالة به فقد تعلق الدين به فاذا ظهر أنه لا دين فقد ظهر أنه لا حوالة لأن الحوالة بالدين وقد تبين أنه لا دين فتبين أنه لا حوالة ضرورة وهذا لا يوجد في الحوالة المطابقة لأن تعلق الدين به يوجب تقيد الحوالة به ولم يوجد فلا يتعلق به الدين فيتعلم بالذمة فلا يظهر أن الحوالة كانت باطلة وكذلك لو قيد الحوالة بألف ودية عند رجل فمكنت الألف عند المودع بطلت الحوالة ولو كانت الألف على المحال عليه مضمونة لا تبطل الحوالة بالهلاك لأنه يجب عليه مثلها (ومنها) أنه إذا مات المحيل في الحوالة المقيدة قبل أن يؤدي المحال عليه الدين إلى المحال وعلى المحيل ديون سوى دين المحال وليس له مال سوى هذا الدين لا يكون المحال أحق به من بين سائر الغرماء عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر يكون أحق به من بين سائر الغرماء كالرهن (ولنا) الفرق بين الحوالة والرهن وهو أن المرتين اختص بغرم الرهن من بين سائر الغرماء ألا ترى أنه لو هلك يسقط دينه خاصة ولم يختص بغرمه اختص بنعته لأن الخراج بالضمان فأما المحال في الحوالة المقيدة فلم يختص بغرم ذلك المال ألا ترى أنه لو توى لا يسقط دينه على المحيل والتوى على المحيل دونه فلم يلم يختص بغرمه لم يختص بنعته أيضاً بل يكون هو وغرماء المحيل أسوة في ذلك وإذا أراد المحيل أن يأخذ المحال عليه ببقية دينه فليس له ذلك لأن المال الذي قيدت به الحوالة استحق من المحال عليه فبطلت الحوالة ولو كانت الحوالة مطلقة والمسئلة بمحالها يؤخذ من المحال عليه جميع الدين الذي عليه ويقسم بين غرماء المحيل ولا يدخل المحال في ذلك وإنما يؤخذ من المحال عليه لأن الحوالة لم تتعلق به فذلك ملك المحيل ولا يشاركهم المحال في ذلك لأن حقه ثبت على المحال عليه ولا يعود إلى المحيل ولكن القاضى يأخذ من غرماء المحيل كفيلاً لأنه ثبت الرجوع اليهم لا حدر رجلين (أما) المحال إذا توى ما على الآخر وأما المحال عليه إذا أدى الدين فالقاضي نصب ناظر الأمور المسلمين فيحتاج في ذلك بأخذ الكفيل

فصل في إيمان حكم الحوالة فنقول وبالله التوفيق الحوالة لها أحكام (منها) براءة المحيل وهذا عند أصحابنا الثلاثة وقال زفر الحوالة لا توجب براءة المحيل والحاق في ذمته بعد الحوالة على ما كان عليه قبلها كال كفالة سواء (وجه) قوله أن الحوالة شرعت وثيقة للدين كال كفالة وليس من الوثيقة براءة الأول بل الوثيقة في مطالبة الثاني مع بقاء الدين على حاله في ذمة الأول من غير تغيير كما في الكفالة سواء (ولنا) أن الحوالة مشتقة من التحويل وهو النقل فكان معنى الانتقال لازماً فيها والشيء إذا انتقل إلى موضع لا يبقى في الأصل الأول ضرورة ومعنى الوثيقة يحصل بسهولة الوصول من حيث الملاءة والانصاف ولو كفل بشرط براءة الأصيل جاز وتكون حوالة لأنه أتى بمعنى الحوالة واختلف مشايخنا المتأخرون في كيفية النقل مع أنها قهراً على ثبوت أصله موجباً للحوالة قال بعضهم أنها نقل المطالبة بالدين جميعاً وقال بعضهم أنها نقل المطالبة فحسب فأما أصل الدين فبإق في ذمة المحيل (وجه) قول الأولين دلالة الإجماع والمعقول (أما) دلالة الإجماع فلا تأجفتنا على أنه لو أبرأ المحال عليه من الدين أو وهب الدين منه صحت البراءة والهيبة ولو أبرأ المحيل من الدين أو وهب الدين منه لا يصح ولولا أن الدين انتقل إلى ذمة المحال عليه وفرضت ذمة المحيل عن الدين لما صح الأول لأن الإبراء عن الدين وهبة الدين ولا دين محال ولصح الثاني لأن الإبراء عن دين ثابت وهبته منه صحيح وإن تأخرت المطالبة كالإبراء عن الدين المؤجل (وأما) المعقول فلأن الحوالة توجب النقل لأنها

مشتقة من التحويل وهو النقل فيتمضي نقل ما أضيف اليه وقد أضيف الى الدين لا الى المطالبة لانه اذا قل أحلت بالدين أو أحلت فلا يدينه فيوجب انتقال الدين الى المحال عليه لأنه اذا انتقل أصل الدين اليه انتقل المطالبة لانها تابعة (وجه) قول الآخرين دلالة الاجماع والمقول (أما) دلالة الاجماع فان المحيل اذا قضى دين الطالب بعد الحوالة قبل أن يؤدي المحال عليه لا يكون متطوعاً ويجبر على القبول ولو لم يكن عليه دين لكان متطوعاً فينبغي أن لا يجبر على القبول كما اذا تطوع أجنبي بقضاء دين إنسان على غيره وكذلك المحال لو أبرأ المحال عليه عن دين الحوالة لا يرتد برده ولو وهبه منه يرتد برده كما اذا أبرأ الطالب الكفيل أو وهب منه ولو انتقل الدين الى ذمة المحال عليه لما اختلف حكم البراء والهبة ولا يرتد اجماعاً بالرد كما لو أبرأ الاصيل أو وهب منه وكذلك المحال لو أبرأ المحال عليه عن دين الحوالة لا يرجع على المحيل وان كانت الحوالة بأمره كما في الكفالة ولو وهب الدين منه له أن يرجع عليه اذا لم يكن للمحيل عليه دين كما في الكفالة ولو كان له عليه دين يلتقيان قصاصاً كالكفالة سواء فدت هذه الاحكام على التسوية بين الحوالة والكفالة ثم ان الدين في باب الكفالة ثابت في ذمة الاصيل فكذا في الحوالة (وأما) المعقول فهو أن الحوالة شرعت وثيقة للدين بمنزلة الكفالة وليس من الوثيقة ابراء الاول بل الوثيقة في نقل المطالبة مع قيام أصل الدين في ذمة المحيل (ومنها) ثبوت ولاية المطالبة للمحال على المحال عليه بدني في ذمته أو في ذمة المحيل على حسب ما ذكرنا من اختلاف المشايخ فيه لان الحوالة أوجبت النقل الى ذمة المحال عليه بدني في ذمته اما نقل الدين والمطالبة جميعاً واما نقل المطالبة لا غير وذلك يوجب حق المطالبة للمحال على المحال عليه (ومنها) ثبوت حق الملازمة للمحال عليه على المحيل اذا لازمه المحال فكما لازمه المحال فله أن يلزم المحيل ليتخلص عن ملازمة المحال واذا حبسه له أن يجبسه اذا كانت الحوالة بأمر المحيل ولم يكن على المحال عليه دين مثله للمحيل لانه هو الذي أوقعه في هذه العهدة فعليه تخليصه منها وان كانت الحوالة بغير أمره أو كانت بأمره ولكن للمحيل على المحال عليه دين مثله والحوالة مقيدة لم يكن للمحال عليه أن يلزم المحيل اذا لزم ولا أن يجبسه اذا حبس لان الحوالة اذا كانت بغير أمر المحيل كان المحال عليه متبرعاً وان كان للمحيل عليه دين مثله وقيد الحوالة به فلو لازمه المحال عليه لكان للمحيل أن يلزمه أيضاً فلا يفيد والله عز وجل أعلم

فصل وأما بيان ما يخرج به المحال عليه من الحوالة فنقول وبالله التوفيق انه يخرج من الحوالة بانه حكم الحوالة وحكم الحوالة ينتهي بأشياء (منها) فسخ الحوالة لان فيها معنى معاوضة المال بالمال فكانت محتمة للفسخ ومتى فسخ تعود المطالبة الى المحيل (ومنها) التوى عند علمائنا وعند الشافعي رحمه الله حكم الحوالة لا ينتهي بالتوى ولا تعود المطالبة الى المحيل واحتج بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال من أحيل على شيء فليتبع ولم يفصل عليه الصلاة والسلام ولان الحوالة مبرئة بلا خلاف وقد عقدت مطلقة عن شريطة السلامة فتفيد البراءة مطلقاً (ولنا) ما روى عن سيدنا عثمان رضي الله عنه قال في المحال عليه اذا مات مفلساً عاد الدين الى ذمة المحيل وقال لا توى على مال امرئ مسلم وعن شرح مثل ذلك ذكره محمد في الاصل ولم ينقل عن احد من الصحابة خلافاً له فكان اجماعاً ولان الدين كان ثابتاً في ذمة المحيل قبل الحوالة والاصل أن الدين لا يسقط الا بالقضاء قال النبي عليه الصلاة والسلام الدين مقضى الا أنه الحق الا براءة بالقضاء في السقوط والحوالة ليست بقضاء ولا ابراء فبقى الدين في ذمته على ما كان قبل الحوالة الا أن بالحوالة انتقلت المطالبة الى المحال عليه لكن الى غاية التوى لان حياة الدين بالمطالبة فاذا توى لم يتبق وسيلة الى الاحياء فعادت الى محلها الاصل ولا حجة له في الحديث لانه عليه الصلاة والسلام علق الحكم بشرطة الملاءة وقد ذهب بالافلاس ثم التوى عند أبي حنيفة رحمه الله بشيئين لا ثالث لهما أحدهما أن يموت المحال عليه مفلساً والثاني أن يحدد الحوالة ويخلف ولا بيئة للمحال وقد قال أبو يوسف ومحمد هما وبثالث وهو أن يفلس المحال عليه حال حياته ويقضى القاضي بالافلاس بناء على أن القاضي يقضى بالافلاس حال

حياته عندهما وعنده لا يقضى به (ومنها) اداء المحال عليه المال الى المحال فاذا أدى المال خرج عن الحوالة اذ لا فائدة في بقائها بعد انتهاء حكمها (ومنها) أن يهب المحال للمحال عليه ويقبله (ومنها) أن يتصدق به عليه ويقبله لان الهبة والصدقة في معنى البراء (ومنها) أن يموت المحال فيرثه المحال عليه (ومنها) أن يبرئه من المال والله عز وجل أعلم

فصل وأما بيان الرجوع مجمل الكلام في الرجوع في موضعين في بيان شرائط الرجوع وفي بيان ما يرجع به أما شرائطه فأنواع (منها) أن تكون الحوالة بامر المحيل فإن كانت بغير أمره لا يرجع بان قال رجل للطالب ان لك على فلان كذا وكذا من الدين فاحتل بها على فرضي بذلك الطالب جازت الحوالة الا أنه اذا أدى لا يرجع على المحيل لان الحوالة اذا كانت بامر المحيل صار المحال مملكا للدين من المحال عليه بما أدى اليه من المال فكان له أن يرجع بذلك على المحيل وان كانت بغير أمره لا يوجد معنى التمليك فلا تثبت ولاية الرجوع (ومنها) اداء مال الحوالة أو ما هو في معنى الاداء كالهبة والصدقة اذا قبل المحال عليه. وكذا اذا ورثه المحال عليه لان الارث من أسباب الملك فاذا ورثه فقد ملكه فكان له حق الرجوع ولو أبرأ المحال المحال عليه من الدين لا يرجع على المحيل لان البراء اسقاط حقه فلا يعتبر فيه جانب التمليك الا عند اشتغاله بالرد فاذا لم يوجد بقي اسقاطا محضاً فلم يملك المحال عليه شيئاً فلا يرجع (ومنها) أن لا يكون للمحيل على المحال عليه دين مثله فان كان لا يرجع لان الدينين التيقا قصاصاً لانه لو رجع على المحيل لرجع المحيل عليه أيضاً فلا يفيد قتيقاصاً الدينين فبطل حق الرجوع (وأما) بيان ما يرجع به فنقول وبالله التوفيق ان المحال عليه يرجع بالمحال به لا بالمؤدى حتى لو كان الدين المحال به دراهم فنقد المحال عليه دنائير عن الدراهم أو كان الدين دنائير فنقدته دراهم عن الدناير فتصار فجاز ويراعى فيه شرائط الصرف حتى لو افرق قبل القبض أو شرط فيه الاجل والختيار يبطل الصرف ويعود الدين الى حاله واذا انحمت المصارفة فالمحال عليه يرجع على المحيل بمال الحوالة لا بالمؤدى لان الرجوع بحكم الملك وأنه ملك دين الحوالة لا المؤدى بخلاف الأمور بقضاء الدين لماذا كرنا في كتاب الكفالة وكذا اذا باعه بالدراهم والدناير عرضاً يرجع بمال الحوالة لماذا كرنا وكذا اذا أعطاه زبوا مكان الجياد وتجاوز بها المحال رجع على المحيل بالجياذ لما قلنا ولو صالح المحال المحال عليه فان صالحه على جنس حقه وأبرأه عن الباقي يرجع على المحيل بالقدر المؤدى لانه ملك ذلك القدر من الدين فيرجع به وان صالح على خلاف جنس حقه بان صالحه من الدراهم على دنائير أو على مال آخر يرجع على المحيل بكل الدين لان الصلح على خلاف جنس الحق معاوضة والمؤدى يصلح عوضاً على كل الدين ولو قبض المحال مال الحوالة ثم اختلفا فقال المحيل لم يكن لك على شيء وأما أنت وكيلي في القبض والمقبوض لي وقال المحال لا بل أحلتني بألف كانت لي عليك فالقول قول المحيل مع يمينه لان المحال يدعى عليه ديناً وهو ينكر والقول قول المنكر عند عدم اليينة مع يمينه والله عز وجل أعلم

كتاب الوكالة

الكلام في هذا الكتاب في مواضع في بيان معنى التوكيل لغة وشرعاً وفي بيان ركن التوكيل وفي بيان شرائط الركن وفي حكم التوكيل وفي بيان ما يخرج به الوكيل عن الوكالة أما الاول فالتوكيل اثبات الوكالة والوكالة في اللغة تذكروا بها الحفظ قال الله عز وجل وقالوا احسبنا الله ونعم الوكيل أى الحافظ وقال تبارك وتعالى لا اله الا هو فاتخذوه وكلاء قال الفراء أى حفيظاً وتذكروا براديه الاعتماد وهو يرضى الامر قال الله تعالى وعلى الله فليتوكل المتوكلون وقال الله تعالى عز وجل خبراً عن سيدنا هود عليه الصلاة والسلام اني توكلت على الله ربي وربكم أى اعتمدت على الله وفوضت أمري اليه وفي الشريعة يستعمل في هذين المعنيين أيضاً على تقرير الوضع اللغوي وهو تفويض التصرف والحفظ الى الوكيل ولهذا قال أصحابنا ان من قال لا خير وكنتك في كذا أنه يكون وكسلاً في الحفظ

لانه أدى ما يحتمله اللفظ فيحمل عليه

فصل ١٠. وأما بيان ركن التوكيل فهو الايجاب والقبول فلا يجاب من الموكل أن يتول وكلتك بكذا أو اقبل كذا أو اذنت لك أن تفعل كذا ونحوه والقبول من الوكيل أن يقول قبلت وما يجري مجراه فلم يوجد الايجاب والقبول لا يتم العقد ولهذا لو وكل انسانا بقبض دينه فأبى أن يقبل ثم ذهب الوكيل فقبضه لم يبرأ الغريم لأن تمام العقد بالايجاب والقبول وكل واحد منهما يرتد بالرد قبل وجوب الآخر كما في البيع ونحوه ثم ركن التوكيل قد يكون مطلقا وقد يكون معلقا بالشرط نحو أن يقول ان قدس زيدا فانت وكيل في بيع هذا العبد وقد يكون مضافا الى وقت بان يقول وكلتك في بيع هذا العبد غدا ويصير وكيل في الغد فبعده ولا يكون وكيل قبل الغد لان التوكيل اطلاق التصرف والاطلاقات مما يحتمل التعليق بالشرط والاضافة الى الوقت كالطلاق والعناق واذن العبد في التجارة والتمليكات كالبيع والهبة والصدقة والابراء عن الديون والتقييدات كزول الوكيل والمجر على العبد المأذون والرجعة والطلاق الرجعي لا يحتمل ذلك

فصل ١١. وأما الشرائط فانواع بعضها يرجع الى الموكل وبعضها يرجع الى الوكيل وبعضها يرجع الى الموكل به أما الذي يرجع الى الموكل فهو أن يكون ممن يملك فعل ما وكل به بنفسه لان التوكيل تفويض ما يملكه من التصرف الى غيره فلا يملكه بنفسه كيف يحتمل التفويض الى غيره فلا يصح التوكيل من المجنون والصبي الذي لا يعقل أصلا لان العقل من شرائط الاهلية ألا ترى أنهم لا يملكان التصرف بانفسهما وكذا من الصبي العاقل بما لا يملكه بنفسه كالطلاق والعناق والهبة والصدقة ونحوها من التصرفات الضارة المحضة ويصح بالتصرفات النافذة كقبول الهبة والصدقة من غير اذن المولى لانه مما يملكه بنفسه بدون اذن وليه فيملك تفويضه الى غيره بالتوكيل وأما التصرفات الدائرة بين الضرر والنفع كالبيع والاجارة فان كان مأذونا له في التجارة يصح منه التوكيل به لانه يملكها بنفسه وان كان محجورا ينعقد موقوفا على اجازة وليه وعلى اذن وليه بالتجارة أيضاً كما اذا فعل بنفسه لان في انعقاده فائدة لوجود الحيز للحال وهو الولي ولا يصح من العبد المحجوز ويصح من المأذون والمكاتب لانهما يملكان بانفسهما فيملكان بالتفويض الى غيرهما بخلاف المحجور وأما التوكيل من المرتد موقوف ان أسلم ينفذ وان قتل أو مات على الردة أو لحق بدار الحرب يبطل عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد هونا فذبناء على أن تصرفات المرتد موقوفة عنه لوقوف املاكه وعندهما نافذة لثبوت املاكه ويجوز التوكيل من المرتد بالاجماع لان تصرفاتهم نافذة بخلاف وأما الذي يرجع الى الوكيل فهو أن يكون عاقلًا فلا تصح وكالة المجنون والصبي الذي لا يعقل لما قلنا وأما البلوغ والحرية فليس بشرط لصحة الوكالة فتصح وكالة الصبي العاقل والعبد مأذونين كانا أو محجورين وهذا عند أصحابنا وقال الشافعي رحمه الله وكالة الصبي غير صحيحة لانه غير مكلف ولا تصح وكالة المجنون (ولنا) ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما خطب أم سلمة قالت ان أوليائي غيب يا رسول الله فقال صلى الله عليه وسلم ليس فيهم من يكرهني ثم قال لعمر بن أم سلمة قم فزوج أمك مني فزوجها من رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان صبيًا والاعتبار بالمجنون غير سديد لان العقل شرط أهلية التصرفات الشرعية وقد انعدم هناك فوجد هنا فتصح وكالته كالبالغ إلا أن حقوق العقد من البيع ونحوه ترجع الى الوكيل اذا كان بالغًا واذا كان صبيًا ترجع الى الموكل لما نذكر في موضعه ان شاء الله تعالى وكذا رد الوكيل لا تمنع صحة الوكالة فتجوز وكالة المرتد بان وكل مسلم مرتدا لان وقوف تصرفات المرتد لوقوف ملكه والوكيل بتصرف في ملك الموكل وانه نافذ التصرفات وكذا لو كان مسلما وقت التوكيل ثم ارتد فهو على وكالته لما قلنا إلا أن يلحق بدار الحرب فتبطل وكالته لما نذكر في موضعه (وأما) علم الوكيل فهل هو شرط لصحة الوكالة لا خلاف في أن العلم بالتوكيل في الجملة شرط اما علم الوكيل واما علم من يعامله حتى انه لو وكل رجلا ببيع عبده فباعه الوكيل من رجل قبل علمه وعلم الرجل بالتوكيل لا يجوز بيعه حتى

يحيزه الموكل أو الوكيل بعد علمه بالوكالة لأن حكم الأمر لا يلزم إلا بعد العلم بالمأمور به أو القدرة على اكتساب سبب العلم بالمأمور به كما في أوامر الشرع (وأما) علم الوكيل على التعيين بالتوكيل فهل هو شرط ذكر في الزيادات أنه شرط وذكر في الوكالة أنه ليس بشرط فإنه قال إذا قال الموكل لرجل اذهب بعدي هذا إلى فلان فيبيعه فلان منك فذهب الرجل بالعبد إليه وأخبره أن صاحب العبد أمره ببيعه منه فاشتراه منه صبح شرائه وإن لم يخبره بذلك فالبيع جائز كذا ذكر محمد في كتاب الوكالة وجعل علم المشتري بالتوكيل كعلم البائع الوكيل وذكر في الزيادات أنه لا يجوز البيع بصورة المسألة في الصبي المأذون وذكر في المأذون الكبير ما يدل على جواز البيع فإنه قال إذا قال المولى لقوم باعوا عبيدي فاني قد أذنت له في التجارة فباعوه جاز وإن لم يعلم العبد بأذن المولى لهم بالمبايعة وليس التوكيل كالوصاية فإن من أوصى إلى رجل غائب أي جعله وصياً بعد موته ثم مات الموصي ثم ان الوصي باع شيئاً من تركه الميت قبل علمه بالوصاية والموت فإن بيعه جائز استحساناً ويكون ذلك قبولاً منه للوصاية حتى لا يملك اخراج نفسه منها والقياس أن لا يجوز والفرق أن الوصي خلف عن الموصي قائم مقامه كالوارث يقوم مقام المورث ولو باع الوارث تركه الميت بعد موته وهو لا يعلم موته جاز بيعه فكذا الوصي بخلاف التوكيل لأنه أمر من الموكل وحكم الأمر لا يلزم إلا بعد العلم أو سببه على ما مر فإذا ثبت أن العلم بالتوكيل شرط فإن كان التوكيل بحضرة الموكل أو كتب الموكل بذلك كتاباً إليه فبلغه وعلم ما فيه أو أرسل إليه رسولا فبلغ الرسالة أو أخبره بالتوكيل رجلان أو رجل واحد عدل صار وكيلاً بالاجماع وإن أخبره بذلك رجل واحد غير عدل فإن صدقه صار وكيلاً أيضاً وإن لم يصدقه يعني أن يكون على الاختلاف في العدل عند أبي حنيفة لا يكون وكيلاً وعند أبي يوسف ومحمد يكون وكيلاً كما في العزل على ما ذكره في موضعه إن شاء الله تعالى (وأما) الذي يرجع إلى الموكل فإنه يرجع إلى الموكل به فإنه يرجع إلى بيان ما يجوز التوكيل به وما لا يجوز والجملة فيه أن التوكيل لا يخلو إما أن يكون بحقوق الله عز وجل وهي الحدود وما أن يكون بحقوق العباد والتوكيل بحقوق الله عز وجل نوعان أحدهما بالاثبات والثاني بالاستيفاء أما التوكيل بالاثبات الحدود فإن كان حد الاحتياج فيه إلى الخصومة كحد الزنا وشراخه فلا يتقدر التوكيل فيه بالاثبات لأنه ثبت عند القاضي بالبينة أو الاقرار من غير خصومة وإن كان مما يحتاج فيه إلى الخصومة كحد السرقة وحد القذف فيجوز التوكيل بآبائه عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف لا يجوز ولا تقبل البينة فهما إلا من الموكل وكذلك الوكيل بالاثبات القصاص على هذا الخلاف (وجه) قول أبي يوسف أنه كما يجوز التوكيل فيه بالاستيفاء فكذا بالاثبات لأن الاثبات وسيلة إلى الاستيفاء ولهما الفرق بين الاثبات والاستيفاء وهو امتناع التوكيل في الاستيفاء لمكان الشبهة وهي منعقدة في التوكيل بالاثبات (وأما) التوكيل باستيفاء حد القذف والسرقة فإن كان المقدوف والمسروق منه حاضر أوقت الاستيفاء جاز لأن ولاية الاستيفاء إلى الإمام وأنه لا يقدر على أن يتولى الاستيفاء بنفسه على كل حال وإن كان غائباً اختلف المشايخ فيه قال بعضهم يجوز لأن عدم الجواز لاحتمال العفو والصلح وأنه لا يحتملها وقال بعضهم لا يجوز لأنه إن كان لا يحتمل العفو والصلح فيحتمل الاقرار والتصديق وهذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله يجوز التوكيل باستيفاء حد القذف كيف ما كان (وجه) قوله أن هذا حقه فكان بسبيل من استيفائه بنفسه وبناءه كما في سائر الحقوق (ولنا) الفرق على قول بعض المشايخ وهو ما ذكرنا أنه يحتمل أنه لو كان حاضر الصدق الرامي في إمارته أو يترك الخصومة فلا يجوز استيفاء الحد مع الشبهة والشبهة لا تمنع من استيفاء سائر الحقوق ويجوز التوكيل بالتعزير اثباتاً واستيفاءً بالاتفاق وللوكيل أن يستوفي سواء كان الموكل غائباً أو حاضر إلا أنه حق العبد ولا يسقط بالشبهات بخلاف الحدود والاختصاص ولهذا ثبت بشهادة رجل وامرأتين فأشبهه سائر الحقوق بخلاف الحد والقصاص (وأما) التوكيل باستيفاء القصاص فإن كان الموكل وهو المولى حاضر أجاز لأنه قد لا يقدر على الاستيفاء بنفسه فيحتاج إلى التوكيل وإن كان غائباً لا يجوز لأن احتمال العفو قائم لجواز أنه لو كان حاضراً

لعقاً فلا يجوز استيفاء القصاص مع قيام الشبهة وهذا المعنى منع من حالة الحضرة وعند الشافعي رحمه الله يجوز وإن كان غائباً والكلام في الطرفين على نحو ما ذكرنا في حد القذف (وأما) التوكيل بحقوق العباد فنقول وبالله التوفيق حقوق العباد على نوعين نوع لا يجوز استيفاءه مع الشبهة كالقصاص وقد مر حكم التوكيل باتباعه واستيفائه ونوع يجوز استيفاءه وأخذ مع الشبهة كالدين والاعتاق وسائر الحقوق سوى القصاص فنقول لا خلاف أنه يجوز التوكيل بالخصومة في اثبات الدين والعين وسائر الحقوق برضا الخصم حتى يلزم الخصم جواب التوكيل والأصل فيه ما روى عن عبد الله بن جعفر رضي الله عنهما أن سبيداً علياً رضي الله عنه كان لا يحضر الخصومة وكان يقول إن هالماً يحضرها الشياطين فجعل الخصومة إلى عقيل رضي الله عنه فلما كبر ورق حولها إلى وكان على يقول ما قضى لو كيلي فلي وما قضى على وكيلي فعلى ومعلوم أن سبيداً علياً رضي الله عنه لم يكن ممن لا يرضى أحد بتوكيله فكان توكيله برضا الخصم فدل على الجواز برضا الخصم واختلف في جوازه بغير رضا الخصم قال أبو حنيفة عليه الرحمة لا يجوز من غير عذر المرض والسفر وقال أبو يوسف ومحمد يجوز في الأحوال كلها وهو قول الشافعي رحمه الله وذكر الخصام أنه لا فصل في ظاهر الرواية بين الرجل والمرأة والبكر واليتيم لكن المتأخرين من أصحابنا استحسنوا في المرأة إذا كانت مخدرة غير بريرة فجوزوا توكيلها وهذا استحسان في موضعه وقال ابن أبي ليلى لا يجوز التوكيل بالبكر وهذا غير سديد لما يذكر (وجه) قوله إن التوكيل بالخصومة صاف حق الموكل فلا يقف على رضا الخصم كالتوكيل باستيفاء الدين ودلالة ذلك أن الدعوى حق المدعي والآنكار حق المدعى عليه فقد صاف التوكيل من المدعي والمدعى عليه حق نفسه فلا يقف على رضا خصمه كما لو كان خصمه بنفسه ولا بى حنيفة رحمه الله أن الحق هو الدعوى الصادقة والآنكار الصادق ودعوى المدعى خبري يحتمل الصدق والكذب والسهو والغلط وكذا أنكار المدعى عليه فلا يزداد الاحتمال في خبره بممارسة خبر المدعى فلم يكن كل ذلك حقاً فكان الأصل أن لا يلزم به جواب الآن الشرع ألزم الجواب لضرورة فصل الخصومات وقطع المنازعات المؤدية إلى الفساد وإحياء الحقوق الميتة وحق الضرورة يصير مقتضياً بجواب الموكل فلا تلزم الخصومة عن جواب الوكيل من غير ضرورة مع ما أن الناس في الخصومات على التفاوت بعضهم أشد خصومة من الآخر فربما يكون الوكيل الحن بحجته فيعجز من خصمه عن إحياء حقه فيتضرر به فيشترط رضا الخصم ليكون لزوم الضرر مضافاً إلى التزامه وإذا كان الموكل مريضاً أو مسافراً فهو عاجز عن الدعوى وعن الجواب بنفسه فلو لم يملك النقل إلى غيره بالتوكيل لضاعت الحقوق وهلك وهذا لا يجوز وكذلك إذا كانت المرأة مخدرة مستورة لأنها تستحي عن الحضور لمخالف الرجال وعن الجواب بعد الخصومة بكرة كانت أو ثيباً فيضيع حقها (وأما) في مسألتنا فضرورة ولو وكل بالخصومة واستثنى الإقرار وتركية الشهود في عقد التوكيل بكلام منفصل جاز ويصير وكيلاً بالآنكار سواء كان التوكيل من الطالب أو من المطلوب في ظاهر الرواية وروى عن محمد أنه إذا وكل الطالب واستثنى الإقرار يجوز وأن وكل المطلوب لا يجوز والصحيح جواب ظاهر الرواية لأن استثناء الإقرار في عقد التوكيل إنما جاز لحاجة الموكل إليه لأن الوكيل بالخصومة يملك الإقرار على موكله عند أصحابنا الثلاثة ولو أطلق التوكيل من غير استثناء لتضرر به الموكل وهذا المعنى لا يوجب الفصل بين التوكيل من الطالب والمطلوب لأن كل واحد منهما يحتاج إلى التوكيل بالخصومة هذا إذا وكل بالخصومة واستثنى الإقرار في العقد فاما إذا وكل مطلقاً ثم استثنى الإقرار في كلام منفصل يصح عند أبي يوسف وعند محمد لا يصح (وأما) التوكيل بالإقرار فذكر في الأصل أنه يجوز وذكر الطحاوي أنه لا يجوز ويجوز التوكيل بالخصومة من المضارب والشريك شركة العنان والمفاوضة والعبد المأذون والمكاتب لأنهم يملكون الخصومة بأنفسهم فيملكون تفويضها إلى غيرهم بالتوكيل ويجوز من الذي يكايح من المسلم لأن حقوقهم مصنونة معلقة عن الضياع كحقوقنا ويجوز التوكيل بقبض الدين لأن الموكل قد لا يقدر على الاستيفاء بنفسه فيحتاج

الى التفويض الى غيره كالوكيل بالبيع والشراء وسائر التصرفات الا ان التوكيل قبض رأس مال السلم وبدل الصرف
انما يجوز في المجلس لان الموكل انما يملك القبض فيه لافي غيره واذا قبض الدين من الغريم برى الغريم لان القبض
الصحيح يوجب البراءة وتجوز الوكالة بقضاء الدين لانه يملك القضاء بنفسه وقد لا يتبها له القضاء بنفسه فيحتاج الى
التفويض الى غيره سواء كان الموكل حراً أو عبداً ما دوناً أو مكاتباً لانهما يملكان القضاء بأنفسهما فيملكان التفويض
الى غيرهما أيضاً ويجوز بطلب الشفعة وبالرد بالعيب وبالقسمة لان هذه حقوق يتولاها المرء بنفسه فيملك توليتها
غيره ويجوز بالنكاح والخلع والصالح عن دم العمد والكتابة والاعتاق على مال والصالح على انكار لانه يملك هذه
التصرفات بنفسه فيملك تفويضها الى غيره وتجوز الهبة والصدقة والاعارة والايداع والرهن والاستعارة
والاستيناب والارتهان لما قلنا ويجوز بالشركة والمضاربة لما قلنا ويجوز بالاقرار والاستقراض لان في
التوكيل بالاستقراض لا يملك الموكل ما استقرضه الوكيل الا اذا بلغ على وجه الرسالة بأن يقول أرسلني فلان
ليك ليستقرض كذا ويجوز التوكيل بالصالح وبالبراء ويجوز بالطلاق والعناق والاجارة والاستبجار لما قلنا
ويجوز بالسلم والصرف لانه يملكهما بنفسه فيملك تفويضهما الى غيره الا ان قبض البدل في المجلس شرط بقاء العقد
على الصحة والعبرة لبقاء العاقدين واقتراحهما لان حقوق العقد راجعة اليهما لاند كذا اذا اقتبض الوكيلان في المجلس
فقد وجد القبض المستحق قبل الافتراق فيبقى العقد على الصحة بخلاف الرسولين اذا اقتبضا في المجلس ثم افتراقه
يبطل العقد لان حقوق العقد لا ترجع الى الرسول فلا يقع قبضهما عن المستحق بالعقد فاذا افتراقا فقد حصل الافتراق
لا عن قبض فيبطل العقد بخلاف الوكيلين على ما مر ولا تعتبر مفارقة الموكل لان الحقوق لا ترجع اليه بل هو اجنبي عنها
فبقاؤه واقتراحه بمنزلة واحدة ويجوز التوكيل بالبيع والشراء لانهما يملكان الموكل مباشرتهما بنفسه فيملك التفويض
الى غيره الا ان لجواز التوكيل بالشراء شرط وهو الخلو عن الجهالة الكثيرة في أحد نوعي الوكالة دون النوع الآخر
وبيان ذلك ان التوكيل بالشراء نوعان عام وخاص فالعام أن يقول له اشترى ما شئت أو ما رأيت أو أي ثوب شئت
أو أي دار شئت أو ما ينسرك من الثياب ومن الدواب ويصح مع الجهالة الفاحشة من غير بيان النوع والصفة والتمن
لانه فوض الرأى اليه فيصح مع الجهالة الفاحشة كالبيع المصاحبة والمضاربة والخاص أن يقول اشترى ثوباً أو حيواناً
أو دابة أو جوهراً أو عبداً أو جارية أو فرساً أو بغلاً أو حماراً أو شاة والاصل فيه ان الجهالة ان كانت كثيرة تمنع صحة
التوكيل وان كانت قليلة لا تمنع وهذا استحسان والقياس أن يمنع قليلها وكثيرها ولا يجوز الا بعد بيان النوع والصفة
ومقدار الثمن لان البيع والشراء لا يصحان مع الجهالة اليسيرة فلا يصح التوكيل بهما أيضاً (وجه) الاستحسان ما روى
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم دفع ديناراً الى حكيم بن حزام ليشترى له به أحمية ولو كانت الجهالة القليلة ما نفع من صحة
التوكيل بالشراء لما فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم لان جهالة الصفة لا ترتفع بذكر الأحمية وبقدر الثمن ولان الجهالة
القليلة في باب الوكالة لا تقضي الى المنازعة لان مبنى التوكيل على القسحة والمساحة فالظاهر انه لا يجوز المنازعة فيه
عند قلة الجهالة بخلاف البيع لان مناه على المضايقة والمما كسة لكونه معاوضة المال بالمال فالجهالة فيه وان قلت
تقضي الى المنازعة فتوجب فساد العقد فهو الفرق واذا ثبت ان الجهالة القليلة غير مانعة ففي كل موضع قلت الجهالة صح
التوكيل بالشراء والا فلا فينظر ان كان اسم ما وقع التوكيل بشرائه مما يقع على أنواع مختلفة لا يجوز التوكيل به الا بعد بيان
النوع وذلك نحو ان يقول اشترى ثوباً لان اسم الثوب يقع على أنواع مختلفة من ثوب البرسيم والقطن والسكتان
وغيرهما فكانت الجهالة كثيرة فمنعت صحة التوكيل فلا يصح وان سمي الثمن لان الجهالة بعد بيان الثمن متفاحشة فلا
تقل الا بذكر النوع بأن يقول اشترى ثوباً هروياً فان سكت عنه كثرت الجهالة فلم يصح التوكيل وكذا اذا قال
اشترى حيواناً أو قال اشترى دابة أو أرضاً أو مملوكاً أو جوهراً أو حبوباً لان كل واحد منها اسم جنس يدخل تحته
أنواع مختلفة فلا بد من ذكر النوع بأن يقول ثوباً هروياً فاذا سكت عنه كثرت الجهالة فلم يصح التوكيل وكذا اذا قال

اشترى دار الايصاح لان بين الدار والدار تفاوتاً فاحشاً فان عين الدار يجوز وان لم يمين ولكنه بين الثمن جاز أيضاً ويقع على دور المصر الذي وقع فيه الوكيل لان الجهالة تقل بعد بيان الثمن وروى عن أبي يوسف انه لا يصح التوكيل بعد بيان الثمن حتى يمين مصر من الامصار ولو قال اشترى داراً في موضع كذا أو حبة أو لؤلؤ أو فص يا قوت أحر ولم يسم الثمن لا يجوز لان التفاوت متفاحش والصفة لا تصير معلومة بحال الموكل فلا بد من بيان الثمن وان كان اسم ما وقع التوكيل بشرائه لا يقع الا على نوع واحد يكتفى فيه بذلك أحد أمرين اما الصفة بأن قال اشترى عبداً تركياً أو مقدار الثمن بأن قال اشترى عبداً بألف درهم لان الجهالة تقبل بذلك أحدهما وبحال الموكل لان الصفة تصير معلومة بذلك الثمن وان لم يذكرها واذا ذكر الصفة يصير الثمن معلوماً بحال الأمر فما يشتريه أمثاله عادة حتى انه لو خرج المشتري عن عادة أمثاله لا يلزم الموكل كذا روى عن أبي يوسف فيمن قال اشترى خادماً من جنس كذا ان ذلك يقع على ما يتعامله الناس من ذلك الجنس فان كان الثمن كثيراً لا يتعامل الناس به لم يجز على الأمر وكذا البدوي اذا قال اشترى خادماً حبشياً فهو على ما يعتاده أهل البادية وهذا كله اعتباراً بحال الموكل فان لم يذكر أحدهما أصلاً فالوكالة باطلة لان الجهالة فحشت بترك ذكرهما جميعاً فنمت صحة الوكالة ولو قال اشترى حميراً أو بغلاً أو فرساً أو بعيراً ولم يذكر له صفة ولا ثمن قالوا انه يجوز لان النوع صار معلوماً بذلك الحمار والبغل والفرس والبعير والصفة تصير معلومة بحال الموكل وكذا الثمن فينظر ان اشترى حميراً بمثل قيمته أو بأقل أو بأكثر مما يتعامل الناس في مثله جاز على الموكل اذا كان الحارماً يشتري مثله الموكل وان كان مما لا يشتري مثله الموكل لا يجوز على الموكل ويلزم الوكيل وان اشترى بمثل قيمته نحو ان يكون الموكل مكاراً فاشترى الوكيل حميراً مصرى يصالح للركوب لان مثله يشتري الحمار للعمل والحمل لا للركوب ولو قال اشترى شاة أو بقرة ولم يذكر صفة ولا ثمن لا يجوز لان الشاة والبقرة لا تصير معلومة بالصفة بحال الموكل ولا بد وان يكون أحدهما معلوماً ما بيننا ولو قال اشترى حنطة لا يصح التوكيل ما لم يذكر أحد شيئين اما قدر الثمن واما قدر الثمن وهو المكيل لان الجهالة لا تقل الا بذلك أحدهما وعلى هذا جميع المقدرات من المكيلات والموزونات ولو وكله لشترى له طياً لساناً لا يصح الا بعد بيان الثمن والنوع لان الجهالة لا تقل الا بعد بيان أحدهما والله عز وجل أعلم

فصل وأما بيان حكم التوكيل فنقول والله التوفيق حكم التوكيل صيرورة المضاف اليه وكيلاً لان التوكيل اثبات الوكالة ولو وكالة أحكام (منها) ثبوت ولاية التصرف الذي تناوله التوكيل فيحتاج الى بيان ما يملكه الوكيل من التصرف بموجب التوكيل بعد صحته وما لا يملكه فنقول والله التوفيق الوكيل بالخصومة بملك الاقرار على موكله في الجملة عند أصحابنا الثلاثة وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يملك والاب والوصي وأمين القاضي لا يملك الاقرار على الصغير بالاجماع (وجه) قولهما ان الوكيل بالخصومة وكيل بالمنازعة والاقرار مسالمة فلا تناوله التوكيل بالخصومة فلا يملكه الوكيل (ولنا) ان التوكيل بالخصومة وكيل بالجواب الذي هو حق عند الله عز وجل وقد يكون ذلك انكاراً وقد يكون اقراراً اذا أقر على موكله دل ان الحق هو الاقرار فينفذ على الموكل كما اذا أقر على موكله وصدقه الموكل ثم اختلف أصحابنا الثلاثة فيما بينهم قال أبو حنيفة ومحمد يصح اقراره في مجلس القاضي لا في غيره وقال أبو يوسف يصح فيه وفي غيره (وجه) قوله ان التوكيل تفويض ما يملكه الموكل الى غيره واقرار الموكل لا تنفذ صحته على مجلس القاضي فكذا اقرار الوكيل ولهما انه فوض الامر اليه لكن في مجلس القاضي لان التوكيل بالخصومة أو بجواب الخصومة وكل ذلك يختص بمجلس القاضي ألا يرى ان الجواب لا يلزم في غير مجلس القاضي وكذا الخصومة لا تندفع باليمين في غير مجلس القاضي فتتقيد بمجلس القاضي الا أنه اذا أقر في غير مجلس القاضي يخرج عن الوكالة وينعزل لانه لو بقي وكيلاً لبق وكيل بالاقرار عينا لان الانكار لا يسمع منه للتناقض والاقرار عينا غير موكل به والوكيل بالخصومة في مال اذا قضى القاضي به يملك قبضه عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر لا يملك (وجه) قوله ان

المطلوب من الوكيل بالخصومة الاهتداء ومن الوكيل بالقبض الامانة وليس كل من يهتدى الى شئ يؤتى عليه فلا يكون التوكيل بالخصومة توكيلا بالقبض (ولنا) انه لما وكله بالخصومة في مال فقد ائتمنه على قبضه لان الخصومة فيه لا تنتهي الا بالقبض فكان التوكيل بها توكيلا بالقبض والوكيل بتقاضى الدين يملك القبض في ظاهر الرواية لان حق التقاضى لا ينقطع الا بالقبض فكان التوكيل به توكيلا بالقبض ولان التقاضى والاقتضاء والاستيفاء واحد الا ان المتأخرين من اصحابنا قالوا انه لا يملك في عرف ديارنا لان الناس في زماننا لا يرضون بقبض المتقاضى كالوكلاء على أبواب القضاة لتهمته الخيانة في أموال الناس والوكيل بقبض الدين يملك الخصومة في اثبات الدين اذا أنكر الغريم عند أبي حنيفة وعندهما لا يملك وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة أيضا فيملك اقامة البينة وكذا لو أقام المدعى عليه البينة ان صاحب الدين استوفى منه أو أبرأه عنه قبلت بينته عنده وعندهما لا تقبل ولا يملك وأجمعوا في الوكيل بقبض العين اذا أنكر من في يده انه لا يملك الخصومة حتى لا يملك اقامة البينة ولو أقام المدعى عليه البينة انه اشتراها من الذي وكله بالقبض لا تسمع منه بينته في اثبات الشراء ولكنها تسمع لدفع خصومة الوكيل في الحال الى أن يحضر الموكل وقالوا في الوكيل بطلب الشفعة وبالرد بالعيب والقسمة انه يملك الخصومة (وجه) قولهما أن التوكيل بقبض الدين توكيل باستيفاء عين الحق فلا يتعدى الى الخصومة كالتوكيل بقبض العين ولا يبي حنيفة أن التوكيل بقبض الدين توكيل بالمبادلة والحق في مبادلة المال بالمال تتعلق بالعقد كافي البيع والاجارة ودلالة ذلك أن استيفاء عين الدين لا يتصور لان الدين اما أن يكون عبارة عن الفعل وهو فعل تسليم المال واما أن يكون عبارة عن مال حكى في الذمة وكل ذلك لا يتصور استيفاءه ولكن استيفاء الدين عبارة عن نوع مبادلة وهو مبادلة المأخوذ العين بمافي ذمة الغريم وتلك هذه القدر المأخوذ من المال فأشبه البيع والخصومة في حقوق مبادلة المال بالمال فيملكه الوكيل بخلاف الوكيل بقبض الثمن لان ذلك توكيل باستيفاء عين الحق لا بالمبادلة لان عينه مقدور الاستيفاء فلا يملك الخصومة فيها الا بما جديدها الفرق بين الفصلين فاذا لم يملك الخصومة لا تسمع بينة المدعى عليه على الشراء من الموكل بالقبض لانها بينة قامت لا على خصم ولكنها تسمع في دفع قبض الوكيل ويجوز أن تكون البينة مسموعة من وجه دون وجه كمن وكل انسانا بنقل زوجته الى حيث هو فطالها الوكيل بالانتقال فأقامت البينة على ان زوجها طلقها ثلاثا تسمع هذه البينة في اندفاع حق الوكيل في النقل ولا تسمع في اثبات الحرمة كذا هذا وكذلك الوكيل بأخذ الدار بالشفعة وكيل بالمبادلة لان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء وكذا الرد بالعيب والقسمة فيها معنى المبادلة فكانت الخصومة فيها من حقوقها فيملكها الوكيل كالوكيل بالبيع والوكيل بالقبض اذا أراد أن يوكل غيره هذا على وجهين (اما) ان كانت الوكالة عامة بأن قال له وقت التوكيل بالقبض اصنع ماشئت أو ما صنعت من شئ فهو جائز على أو نحو ذلك (واما) ان كانت خاصة بان لم يقل ذلك عند التوكيل بالقبض فان كانت عامة يملك أن يوكل غيره بالقبض لان الاصل فيما يخرج مخرج العموم اجراؤه على عمومهم وان كانت خاصة فليس له أن يوكل غيره بالقبض لان الوكيل يتصرف بشئ في الموكل فيملك قدر ما فوض اليه فان فعل ذلك وقبض الوكيل الثاني لم يبرأ الغريم من الدين لان توكيله بالقبض اذا لم يصح فقبحه وقبض الاجنبي سواء فان وصل الى يد الوكيل الاول برى الغريم لانه وصل الى يدهم هو نائب الموكل في القبض وان هلك في يده قبل أن يصل الى الوكيل الاول ضمن القابض للغريم لان قبضه بجهة استيفاء الدين والقبض بجهة استيفاء الدين قبض بجهة المبادلة على ما مر والمقبوض بجهة المبادلة مضمون على القابض كالمقبوض على سوم الشراء وكان له أن يرجع بما ضمن على الوكيل الاول لانه صار مغرورا من جهته بتوكيله بالقبض فيرجع عليه اذ كل غرض من المغرور بالحقة من العهدة فيرجع عليه بضمان الكفالة ولا يبرأ الغريم من الدين لما قلنا ان توكيله بالقبض لم يصح فكان للطالب أن يأخذ الغريم بدينه واذا أخذ منه رجع الغريم على الوكيل الثاني لما قلنا ويرجع الوكيل الثاني على الاول بحكم الغرور لما قلنا ان الوكيل بقبض الدين للموكل على انسان معين أو في بلد

معين لا يملك أن يتعدى الى غيره لان المتصرف بحكم الأمر لا يملك التعدي عن موضع الامر وليس للوكيل قبض الدين أن يأخذ عوضا عن الدين وهو أن يأخذ عينا مكانه لان هذه معاوضة مقصودة وانها لا تدخل تحت التوكيل قبض الدين وهذا ما بينا ان قبض الدين حقيقة لا يتصور لما ذكرنا فلا يتصور التوكيل بقبضه حقيقة الا أن التوكيل قبض الدين جعل توكيلا بالمعاوضة ضرورة تصحيح التصرف ودفع الحاجة المتعلقة بالتوكيل قبض الدين وحق الضرورة يصير مقضيا بثبوتها ضمنا للعقد فبقيت المعاوضة المقصودة خارجة عن العقد أصلا فلا يملكها الوكيل ولو كان لرجل على رجل دين فجاء انسان الى الغريم وقال ان الطالب أمرني أن أقبضه منك فان صدقه الغريم وأراد أن يدفع اليه لا يمنع منه وان أبي أن يدفع اليه يجبر على الدفع في الدين وفي العين لا يجبر عليه والفرق أن التصديق في الدين اقرار على نفسه فكان مجبورا على التسليم وفي العين اقرار على غيره فلا يصح الابتصديق ذلك الغير وان لم يصدقه لم يجبر على الدفع فان دفعه اليه ثم جاء الطالب فان صدقه مضى الامر وان كذبه وأنكر أن يكون وكله بذلك فهذا على وجه ثلاثة امانان صدقه ودفعه اليه واما ان كذبه ومع ذلك دفع اليه واما ان لم يصدقه ولم يكذبه ودفع اليه فان صدقه في الوكالة ولم يضمنه فجاء الطالب يقال له ادفع الدين الى الطالب ولا حق لك على الوكيل لانه لما صدقه في الوكالة فقد أقر بوكالته واقراه صحيح في حق نفسه فكأنه يقول ان الوكيل كان محققا في القبض وان الطالب ظالم فيما يقبض مني وان ظلم على مبطل فلا ظلم على محق وان صدقه وضمنه ما دفع اليه ثم حضر الطالب فأخذ منه يرجع هو على القابض لان الغريم وان أقر ان القابض محق في القبض يتصدق بقرينة اياه في الوكالة فعنده ان الطالب مبطل فيه ظالم فيما يقبض منه فاذا ضمنه فقد أضاف الضمان الى ما يقبضه الطالب عنه بغير حق واطراف الضمان الى المقبوض المضمون صحيح كما اذا قال ما غصبك فلان فعلى وان كذبه في الوكالة ومع ذلك دفع اليه أن يضمن الوكيل لان عنده انه مبطل في القبض وانما دفعه اليه على رجاء أن يجوز له الطالب وكذا اذا لم يصدق ولم يكذب لانه لم يوجد منه الاقرار بكونه محققا في القبض فيملك الرجوع عليه الوكيل قبض الدين اذا قبضه فوجده معيبا فان كان للموكل رده فله رده وأخذ بدله لانه قائم مقام الموكل فهو يملك قبض حقه أصلا ووصفا كذا الوكيل ولو وكل رجلا يقبض دين له على رجل وغاب الطالب فادعى الغريم انه قد أوفاه الطالب لا يحتاج الوكيل الى اقامة البينة ولا الى احضار الطالب ليحلفه لكن يقال للغريم ادفع الدين الى الوكيل ثم اتبع الطالب وحلفه ان أردت يمينه فان حلف والارجعت عليه لانه مقر بالدين والدين مقضى على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم فلا يحكم بسقوطه بدعوى الایفاء مع الاحتمال بل يجبر على التسليم الى الوكيل وكذلك الوكيل يطلب الشفعة اذا ادعى المشتري أن الشفيع قد سلم للشفعة يؤمر بتسليم الدار الى الوكيل ثم يقال له اتبع الشفيع وحلفه ان أردت يمينه لان المشتري مقر بثبوت حق الشفعة لان تسليم الشفعة بعد ثبوتها يكون فلا يبطل الحق الثابت بدعوى التسليم مع الاحتمال فيؤمر بتسليم المشتري الى الوكيل وهذا بخلاف الوكيل بالرد بالعيب اذا ادعى البائع أن المشتري قد رضى بالعيب انه لا يكون للوكيل حق الرد حتى يحضر الموكل فيحلف بالله تعالى ما رضى بهذا العيب لان البائع بقوله رضى المشتري بالعيب لم يقر بثبوت حق الرد بالعيب اذ ليس كل عيب موجبا للرد الا ترى انه لو اشتراه وهو عالم بعيبه ليس له حق الرد مع وجود العيب فيتوقف على حضور الموكل ويمينه فان أراد الغريم أن يحلف الوكيل بالله عز وجل ما يعلم أن الطالب قد استوفى الدين لم يكن له أن يحلفه عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال زفر بن يحيى حلفه على علمه فان أبي أن يحلف خرج عن الوكالة ولم يبرأ الغريم وكان الطالب على نية (وجهه) قول زفر أن هذا أمر لو أقر به الوكيل للزومه وسقط حقه من القبض فاذا أنكر يستحلف لجواز انه ينكل عن اليمين فيسقط حقه (ولنا) قول النبي عليه الصلاة والسلام واليمين على المدعى عليه والغريم ما ادعى على الوكيل شيئا وانما ادعى على الموكل فكانت اليمين عليه واليمين مما لا تجرى فيه النيابة فلا يثبت للغريم ولاية استحلاف الوكيل وهذا بخلاف ما اذا مات الطالب فادعى الغريم انه قد كان استوفاه حال حياته وأنكر الوارث ان له أن يستحلف الوارث على علمه

بالله تعالى ما يعلم ان الطالب استوفى الدين لان هناك الوارث مدعى عليه لان الغريم يدعى عليه بطلان حقه في
 الاستيفاء الذي هو حقه فلم يكن استحقاقه بطريق النيابة عن المورث الا أنه يستحلف على علمه لانه يستحلف
 على فعل غيره وكل من يستحلف على فعل باشره غيره يستحلف على العلم لا البت لانه لا علم له به انه فعل ذلك أو لم يفعل
 فان أقام الغريم البيينة على الايفاء سمعت بيئته عند أبي حنيفة وعندهما لا تسمع وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة
 بناء على ان الوكيل يقبض الدين هل يكون وكيلًا بالخصومة فيه عنده يكون وعندهما لا يكون لما تقدم وكذلك على
 هذا الاختلاف اذا أقام الغريم البيينة انه أعطى الطالب بالدرهم الدنانير أو باعه بها عرضا فينته مسموعة عنده
 وعندهما غير مسموعة لان ايفاء الدين بطريق المبادلة والمقاصة ويستوى فیهما الجنس وخلاف الجنس فكان
 الخلاف في الكل ثابتا (وأما) الوكيل بالبيع فالتوكيل بالبيع لا يخلو اما أن يكون مطلقا واما أن يكون مقيدا فان كان
 مقيدا يراعى فيه القيد بالاجماع حتى انه اذا خالف قيده لا ينفذ على الموكل ولكن يتوقف على اجازته الا أن يكون
 خلافا له الى خير لما مر ان الوكيل يتصرف بولاية مستفادة من قبل الموكل فيلزم من التصرف قدر ما ولاه وان كان
 الخلاف الى خير فانه لا ينفذ لانه ان كان خلافا بصورة فهو وفاق معنى لانه أمر به دلالة فكان متصرفا بتولية الموكل
 فنفذ بيان هذه الجملة اذا قال بع عبدى هذا بالف درهم فباعه بأقل من الالف لا ينفذ وكذا اذا باعه بغير الدراهم لا ينفذ
 وان كانت قيمته أكثر من ألف درهم لانه خلاف الى شر لان أغراض الناس تختلف باختلاف الاجناس فكان في
 معنى الخلاف الى شر وان باعه بأكثر من ألف درهم نفذ لانه خلاف الى خير فلم يكن خلافا أصلا وكذلك على هذا
 لو وكله بالبيع بالف درهم حالة فباعه بالف نسيئة لم ينفذ بل يتوقف لما قلنا وان وكله بان يبيعه بالف درهم نسيئة فباعه
 بألف حالة نفذ لما قلنا وان وكله بان يبيع ويشترط الخيار للامر فباعه ولم يشترط الخيار لم يحز بل يتوقف ولو باع
 وشترط الخيار للامر ليس له أن يحز لانه لو ملك الاجازة بنفسه لم يكن للتقييد فائدة هذا اذا كان التوكيل بالبيع مقيدا
 فأما اذا كان مطلقا فيراعى فيه الاطلاق عند أبي حنيفة فيملك البيع بالقليل والكثير وعندهما لا يملك البيع
 الاجماعتين بالناس في مثله وروى الحسن عن أبي حنيفة مثل قولهما (وجه) قولهما أن مطلق البيع ينصرف
 الى البيع المتعارف والبيع بغبن فاحش ليس بمتعارف فلا ينصرف اليه كالتوكيل بالشراء ولا بى حنيفة أن
 الاصل في اللفظ المطلق أن يجري على اطلاقه ولا يجوز تقييده الا بدليل والعرف متعارض فان البيع بغبن فاحش
 لغرض التوصل بثمنه الى شراء ما هو أربح منه متعارف أيضا فلا يجوز تقييده المطلق مع التعارض مع أن البيع بغبن
 فاحش ان لم يكن متعارفا فعلا فهو متعارف ذكره وتسمية لان كل واحد منهما يسمى بيعا وهو مبادلة شيء مرغوب
 بشيء مرغوب لغة وقد وجد ومطلق الكلام ينصرف الى المتعارف ذكره وتسمية من غير اعتبار الفعل الا ترى أن
 من حلف لا يأكل لحافا كل لحم الآدمي أو لحم الخنزير يحنث وان لم يكن أكله متعارفا لكونه متعارفا اطلاقا
 وتسمية كذا هذا (وأما) التوكيل بالشراء فالجواب عنه من وجهين أحدهما أن جوازه ثبت على خلاف
 القياس لكونه أمرا بالتصرف في مال غيره وذكر الثمن فيه تبين أن لا ترى انه يصح بدون ذكر الثمن الا انه يجوز باعتبار
 الحاجة اذا كل أحد لا يتبها له أن يشتري بنفسه فيحتاج الى من يوكل به غيره والحاجة الى التوكيل بالشراء بثمن جرى
 التعارف بشراء مثله بثلثه فينصرف الامر بمطلق الشراء اليه البتة الثاني المشتري متهم بهذا الاحتمال انه يشتري
 لنفسه فلم يتبين فيه الغبن أظهر الشراء للموكل ومثل هذه التهمة في البيع منعدمة فهو الفرق وكذلك يملك البيع
 بغير الاثمان المطلقة عنده وعندهما لا يملك وهو قول الشافعي رحمه الله وملك البيع بالتقيد والنسيئة عنده وعندهما
 لا يملك الا بالتقيد والحجج من الطرفين على نحو ما ذكرنا في البيع بغبن فاحش ولو باع الوكيل بعض ما وكل ببيعه فهو على
 وجهين اما ان كان ذلك مما لا ضرر في تبعية كالمكيل والموزون بان كان وكيلًا ببيع عبد بن فباع أحدهما جاز
 بالاجماع وان كان في تبعية ضرر بان وكله ببيع عبد فباع نصفه جاز عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما لا يجوز الا باجازة

الموكل أو يبيع النصف الباقي ولو كان وكيلًا بالشراء فاشترى نصفه لم يلزم إلا مراجعته ألا أنه يشتري الباقي ويجزئه
 الموكل (وجه) قولهما الجمع بين الشراء والبيع بجامع وهو العرف والعادة ووجوب دفع الضرر الحاصل بالشركة
 في الاعيان ولا في حنيفة الفرق بين البيع والشراء على ما مر ألا يرى أن عنده لو باع الكل بهذا القدر من الثمن يجوز
 فلان يجوز بيع البعض به أولى لأنه تقع موكله حيث أمسك البعض على ملكه وبهذا فارق الشراء لأن الوكيل
 بالشراء إذا اشترى النصف بثلث الكل لا يجوز والوكيل بالبيع ملك ابراء المشتري عن الثمن وله أن يؤخره عنه وله أن
 يأخذ به عوضاً وله أن يصالح على شيء ويحتال به على انسان وهذا قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد لا يملك شيئاً
 من ذلك (وجه) قولهما أن الوكيل بالابراء واخوانه تصرف في ملك الموكل من غير إذنه فلا ينفذ عليه كما لو فعلها أجنبي
 (وجه) قوله أنه تصرف في حق نفسه بالابراء لأن قبض الثمن حقه فكان الابراء عن الثمن ابراء عن قبضه تصحيحاً
 لتصرفه بقدر الامكان ولو اسقط حق القبض لسقط الدين ضرورة لأنه لو بقي دين لا يحتمل القبض أصلاً وهذا
 مما لا نظير له في أصول الشرع ولأن دين لا يحتمل القبض والاستيفاء بوجه لا يفيد فسقط ضرورة ويضمن الثمن
 للموكل لأنه وان تصرف في حق نفسه لكنه تعدى الى ملك غيره بالاتلاف فيجب عليه الضمان وكذا إذا أخذ بالثمن
 عوضاً عن المشتري لأنه ملك منه القبض الذي هو حقه فيصح ومتى ملك ذلك فيملك رقبة الدين ضرورة بما أخذه من
 العوض ويضمن لما ذكرنا وكذا إذا صالحه على شيء لأن الصلح مبادلة وكذا إذا أحاله المشتري بالثمن على انسان
 وقبل الوكيل الحوالة لأنه يقبل الحوالة تصرف في حق نفسه بالابراء عنه لأن الحوالة مبرئة وذلك بوجوب سقوط الدين
 عن الحيل فيه لما ذكرنا ويضمن لما قلنا وكذلك تأخير الدين من الوكيل تأخير حق المطالبة والقبض وأنه صادف حق
 نفسه فيصح لكنه تعدى الى الموكل بثبوت الحيلولة بينه وبين ملكه فيضمن وليس للوكيل بالبيع أن يوكل غيره
 لأن مبنى الوكالة على الخصوص لأن الوكيل يتصرف بولاية مستفاد من قبل الموكل فيملك قدر ما فاداه ولا يثبت
 العموم إلا باللفظ يدل عليه وهو قوله اعمل فيه برأيك وغير ذلك مما يدل على العموم فان وكل غيره بالبيع فباع الثاني
 بحضرة الاول جاز وان باع بغير حضرته لا يجوز إلا أن يجزئه الاول والموكل وكذا إذا باعه فضولى فبلغ الوكيل أو الموكل
 فجاز يجوز هذا عند أصحابنا الثلاثة وقال زفر لا يجوز بيع الوكيل الثاني سواء كان بحضرة الوكيل الاول أو لم يكن
 بحضرة وقال ابن أبي ليلى يجوز كيف ما كان والصحيح قول أصحابنا الثلاثة لأن عبارة الوكيل ليست مقصود الموكل
 بل المقصود رأيه فإذا باع الثاني بحضرة فقد حصل التصرف برأيه فنفذ وإذا باعه لاجب حضرته أو باع فضولى فقد خلا
 التصرف عن رأيه فلا ينفذ ولكنه ينقد موقوفاً على اجازة الوكيل أو الموكل لصدره والتصرف من أهله في محله وليس
 للوكيل بالبيع أن يبيع من نفسه لأن الحقوق تتعلق بالعاقبة فيؤدي الى أن يكون الشخص الواحد في زمان واحد مسلماً
 ومتسماً مطالباً ومطالباً وهذا محال وكذا لا يبيع من نفسه وان أمره الموكل بذلك لما قلنا ولا نهتهم في ذلك وليس له
 أن يبيع من أبيه وجده وولده وولد ولده الكبار وزوجته عند أبي حنيفة وعندهما يجوز ذلك بمثل القيمة واجمعوا
 على أنه لا يجوز أن يبيع من عبده ومكاتبه (وجه) قولهما أن البيع من هؤلاء ومن الاجنبي سواء لأن كل واحد
 منهما يملكه أجنبي من صاحبه ثم لا يملك البيع من نفسه ولا في حنيفة أن البيع من هؤلاء يبيع من نفسه من حيث
 المعنى لا اتصال منفعة ملك كل واحد منهما بصاحبه ثم لا يملك البيع من نفسه فلا يملكه من هؤلاء بخلاف الاجنبي
 ولهذا لا يملك البيع من عبده ومكاتبه لأن البيع من عبده يبيع من نفسه لأنه لا ملك له وكذا المكاتب لأنه عبد مابق
 عليه درهم على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم كذا هذا حقيقة أن اتصال منافع الاملاك بينهما تورث التهمة لهذا
 لم تقبل شهادة أحدهما لصاحبه بخلاف الاجنبي ولوعزم التوكيل فقال اصنع ما شئت أو بيع من هؤلاء وأجاز ما صنعته
 الوكيل جاز يبيعه بالاتفاق ولا يجوز أن يبيع من نفسه أو من ولده الصغير أو من عبده إذا لم يكن عليه دين بحال الوكيل
 بالبيع مطلقاً يملك البيع الصحيح والفاسد لأن اسم البيع يقع على كل واحد من النوعين اذ هو مبادلة شيء مرغوب

يشيء مرغوب وقد وجد بخلاف الوكيل بالنكاح مطلقاً أنه لا يملك النكاح الفاسد لان المقصود من النكاح الحل والنكاح الفاسد لا يفيد الحل والمقصود من البيع الملك وأنه ثبت بالبيع الفاسد وأما الوكيل بالبيع الفاسد فهل يملك البيع الصحيح قال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله يملك وقال محمد لا يملك وبه أخذ الشافعي رحمه الله (وجه) قول محمد أن البيع الفاسد بيع لا يفيد الحكم بنفسه والصحيح يفيد الحكم بنفسه فكانا مختلفين فلا يكون التوكيل باحداًهما توكيلاً بالآخر فاذا باع بيعاً صحيحاً صار مخالفاً (ولهما) ان هذا ليس بخلاف حقيقة لان البيع الصحيح خير وكل موكل بشيء موكل بما هو خير منه دلالة والثابت دلالة كالثابت نصاً فكان آتياً بما وكل به فلا يكون مخالفاً (وأما) الوكيل بالشراء فالتوكيل بالشراء لا يخلو اما ان كان مطلقاً أو كان مقيداً فان كان مقيداً راعى فيه القيد اجماعاً لما ذكرنا سواء كان القيد راجعاً الى المشتري أو الى الثمن حتى انه اذا خالف يلزم الشراء الا اذا كان خلافاً الى خير فيلزم الموكل مثال الاول اذا قال اشترى جارية اطؤها أو استخدمها أو اتخذها أم ولد فاشترى جارية بحوسيه أو أخته من الرضاع أو مرتدة أو ذات زوج لا ينفذ على الموكل وينفذ على الوكيل وكذلك اذا قال اشترى جارية فتخدمني فاشترى جارية مقطوعة اليدين أو الرجلين أو عمية لان الاصل في كل مقيد اعتبار القيد فيه الاقيد لا يفيد اعتباره واعتبار هذا النوع من القيد مفيد وكذلك اذا قال اشترى جارية تركية فاشترى جارية حبشية لا يلزم الموكل ويلزم الوكيل لما ذكرنا ومثال الثاني اذا قال له اشترى جارية بألف درهم فاشترى جارية بأكثر من الألف تلزم الوكيل دون الموكل لانه خالف أمر الموكل فيصير مشترياً بنفسه ولو قال اشترى جارية بألف درهم أو بمائة دينار فاشترى جارية بما سوى الدرهم والدنانير لا تلزم الموكل اجماعاً لان الجنس مختلف فيكون مخالفاً ولو قال اشترى هذه الجارية بمائة دينار فاشترىها بألف درهم قيمتها مائة دينار ذكر الكرخي أن المشهور من قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد أنه لا يلزم الموكل لان الدرهم والدنانير جنسان مختلفان حقيقة فكان التقييد بأحدهما مفيداً وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يلزم الموكل كانه اعتبرهما جنساً واحداً في الوكالة كما اعتبر اجنساً واحداً في الشفعة وهو أن الشفع إذا أخبر أن الدار بيعت بدنانير فسلم الشفعة ثم ظهر أنها بيعت بدرهم وقيمتها مثل الدنانير صحح التسليم كذا ههنا فان اشترى جارية بألف درهم فان كان مثلاً يشتري بألف أو بأكثر من ألف أو بأقل من ألف مقدار ما يتغابن الناس فيه لم يلزم الموكل وان كان النقصان مقدار ما لا يتغابن الناس فيه لم يلزم الوكيل لان شراء الوكيل المعروف المعروف وان اشترى جارية بمائة درهم ومثلاً يشتري بألف لم يلزم الموكل لان الخلاف الى خير لا يكون خلافاً معني وكذا اذا وكله بأن يشتري له جارية بألف نسيئة فاشترى جارية بألف حاله لم يلزم الوكيل لانه خالف قيد الموكل ولو أمره أن يشتري بألف حاله فاشترى بألف نسيئة لم يلزم الموكل لانه وان خالف صورة فقد وافق معنى والعبرة للمعنى لا للصورة ولو وكله أن يشتري ويشترط الخيار للموكل فاشترى بغير خيار لم يلزم الوكيل والاصل أن الوكيل بالشراء اذا خالف يكون مشترياً بنفسه والوكيل بالبيع اذا خالف يتوقف على اجازة الموكل والفرق بينهما قد ذكرناه فيما تقدم أن الوكيل بالشراء متهم لانه يملك الشراء لنفسه فامكن تنفيذه عليه حتى إنه لو كان صبياً محجوراً أو عبداً محجوراً لا ينفذ عليه بل يتوقف على اجازة الموكل لانهما لا يملكان الشراء لأنفسهما فلا يمكن التنفيذ عليهما فتوقف وكذا اذا كان الوكيل مرتداً أو كان وكيلاً بشراء عبد بعينه فاشترى نصفه لعدم امكان التنفيذ عليه فاحتمل التوقف ومعنى التهمة لا يتعذر من الوكيل بالبيع فاحتمل التوقف على الاجازة ولو وكله شراء عبد فاشترى بعين من أعيان مال الموكل توقف على الاجازة لانه لما اشتراه بعين من أعيان ماله فقد باع العين والبيع يقف على اجازة الموكل هذا اذا كان التوكيل بالشراء مقيداً فاما اذا كان مطلقاً فانه راعى فيه الاطلاق ما يمكن الا اذا قام دليل التقييد من عرف أو غيره فيتقيد به وعلى هذا اذا وكل رجلاً بشراء جارية وسمى نوعها ومنها حتى صحت الوكالة فاشترى جارية مقطوعة اليد والرجل من خلاف أو عوراء لم يلزم الموكل وكذا اذا اشترى جارية مقطوعة اليدين أو الرجلين أو عمية عند أبي حنيفة وعندهما يلزم الوكيل (وجه) قولهما أن الجارية تشتري للاستخدام عرفاً وعادة

وغرض الاستخدام لا يحصل عند فوات جنس المنفعة فيتقيد بالسلامة عن هذه الصفة بدلالة العرف ولهذا قلنا لا يجوز تحريمها عن الكفارة وان كان نص التحريم مطلقاً عن شرط السلامة لثبوتها دلالة كذا هذا (وجه) قول أبي حنيفة ان اسم الجارية باطلاً يقع على هذه الجارية كما يقع على سليمة الاطراف فلا يجوز تقييد المطلق الا بدليل وقد وجد (وأما) في باب الكفارة فلان الامر يتعلق بتحرير رقبة والرقبة اسم لذات مركب من هذه الاجزاء فاذا فات ما يقوم به جنس من منافع الذات انتقضت الذات فلا يتناول مطلق اسم الرقبة فاما اسم الجارية فلا يدل على هذه الذات باعتبار الاجزاء فلا يقدح نقصانها في اسم الجارية بخلاف اسم الرقبة حتى ان التوكيل لو كان بشراء رقبة لا يجوز كما لا يجوز في الكفارة كذا قالوا ولو وكله ان يشتري له جارية وكالة صحيحة ولم يسم منها فاشترى الوكيل جارية ان اشتري بمثل القيمة أو بأقل من القيمة أو بزيادة يتغابن في مثلها جاز على الموكل وان اشتري بزيادة لا يتغابن الناس في مثلها يلزم الوكيل لان الزيادة القليلة مما لا يمكن التحرز عنها فلم يمنع النفاذ على الموكل لضيق الامر على الوكيل ولا امتنع عن قبول الوكالات وبالناس حاجة اليها فست الحاجة الى تحملها ولا ضرورة في الكثير لا مكان التحرز عنه والفصل بين القليل والكثير ان كانت زيادة تدخل تحت تقويم المقومين فهي قليلة وما لا تدخل تحت تقويمهم فهي كثيرة لان ما يدخل تحت تقويم المقومين لا يتحقق كونه زيادة وما لا يدخل كانت زيادته متحققة وقد روي محمد الزيادة القليلة التي يتغابن في مثلها في الجامع بنصف العشر فقال ان كانت نصف العشر أو أقل فهي مما يتغابن في مثلها وان كانت أكثر من نصف العشر فهي مما لا يتغابن في مثلها وقال الجصاص ما ذكره محمد لم يخرج مخرج التقدير في الاشياء كلها لان ذلك يختلف باختلاف السلع منها ما يعد أقل من ذلك غبناً فيه ومنها ما لا يعد أكثر من ذلك غبناً فيه وقد نصرت بن يحيى القليل بالدين وفي الحيوان بالدين يارده وفي العقار بالدين وازده والله تعالى أعلم الوكيل بشراء عبد بعينه اذا اشترى نصفه فالشراء موقوف ان اشترى باقيه قبل الخصومة لزم الموكل عند أصحابنا الثلاثة لانه امثل أمر الوكيل وعند زفر يلزم الوكيل ولو خاصم الموكل الوكيل الى القاضي قبل ان يشتري الوكيل الباقي والزم القاضي الوكيل ثم ان الوكيل اشترى الباقي بعد ذلك يلزم الوكيل اجماعاً لانه خالف وكذلك هذا في كل ما في تبعيضه ضرر وفي تشقيصه عيب كالعبد والامة والدابة والثوب وما أشبه ذلك وهذا بخلاف ما اذا وكله ببيع عبده فباع نصفه أو جزأ منه معلوماً أنه يجوز عند أبي حنيفة سواء باع الباقي منه أولاً والفرق له على نحو ما ذكرنا في التوكيل بالبيع مطلقاً ولو أعتقه بعد ما اشترى نصفه قبل ان يشتري الباقي قال أبو يوسف ان أعتقه الموكل جاز وان أعتقه الوكيل لم يجوز وقال محمد على القلب من ذلك (وجه) قول محمد ان الوكيل قد خالف فيما وكل به فلم يكن مشترى بالموكل فكيف ينفذ منه اعتاقه وهو في الظاهر مشتري لنفسه فينفذ اعتاقه ولا يبي يوسف ان اعتاق الموكل صادف عقد أموقوفاً فانه على اجازته فكان الاعتاق اجازة منه كما اذا صرح بالاجازة واعتاق الوكيل لم يصادف عقد أموقوفاً على اجازته لان الوكيل بشراء شيء بعينه لا يملك الشراء لنفسه فلم يحتل التوقف على اجازته فبطل وان كان وكله بشراء شيء ليس في تبعيضه ضرر ولا في تشقيصه عيب فاشترى نصفه يلزم الموكل ولا يقف لزومه على شراء الباقي نحو ان وكله بشراء كحضة بمائة درهم فاشترى نصف الكرخم بمائتين وكذا لو وكله بشراء عبد بالف درهم فاشترى أحدهما بخمسمائة لزم الموكل اجماعاً وكذا لو وكله بشراء جماعة من العبيد فاشترى واحد أمنها والله أعلم الوكيل بشراء عشرة أرطال لحم بدرهم اذا اشترى عشرين رطلاً بدرهم من لحم يباع مثله عشرة أرطال بدرهم لزم الموكل منه عشرة أرطال بنصف درهم عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف يلزمه العشرون بدرهم ولو اشترى عشرة أرطال ونصف رطل بدرهم يلزم الموكل استحساناً (وجه) قول أبي يوسف ان هذا خلاف صورة لا معنى لانه خلاف الى خير وذال لا يمنع النفاذ على الموكل كما اذا اشترى عشرة أرطال ونصف بدرهم انه يلزم الموكل كذا هذا (وجه) قولهم ان الوكيل يتصرف بحكم الأمر فلا يتعدى تصرفه موضع الامر وقد أمره بشراء عشرة أرطال فلا يلزمه الزيادة على ذلك بخلاف ما اذا اشترى عشرة أرطال ونصف رطل بدرهم لان الزيادة القليلة لا تتحقق زيادة

لدخولها بين الوزنين ولو وكله بشراء عبد بمائة فاشتري بها عبد من كل واحد منهما يساوي مائة روى عن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا يلزم الموكل واحد منهما وقال أبو حنيفة إذا وكل رجلاً بشراء عبد من باعياهما بالف درهم وقيمتها سواء فاشتري أحدهما بستائة درهم لا يلزم الموكل إلا أن يشتري الثاني ببقية الالف وقال أبو يوسف ومحمد إذا كانت الزيادة مما يتغابن الناس في مثلها يلزمه وهذا لا يتحقق خلافاً والله عز وجل أعلم الوكيل بشراء شيء بعينه لا يملك أن يشتريه لنفسه وإذا اشتري يقع الشراء للموكل لأن شراءه لنفسه عزل لنفسه عن الوكالة وهو لا يملك ذلك إلا بحضور من الموكل كما لا يملك الموكل عزله إلا بحضور منه على ما ذكره في موضعه إن شاء الله تعالى (وأما) الوكيل بشراء شيء بغير عينه إذا اشتري يكون مشترياً لنفسه إلا أن ينويه للموكل وجملة الكلام فيه أنه إذا قال اشتريته لنفسى وصدقه الموكل فالمشتري له وإذا قال الموكل اشتريته لى وصدقه الوكيل فالمشتري للموكل لأن الوكيل بشراء شيء بغير عينه يملك الشراء لنفسه كما يملك للموكل فاحتمل شراؤه لنفسه واحتمل شراؤه لموكله فيحكم فيه التصديق فيحمل على أحد الوجهين بتصادقهما ولو اختلفا فقال الوكيل اشتريته لنفسى وقال الموكل بل اشتريته لى يحكم فيه الثمن فإن أدى الوكيل الثمن من درهم نفسه فالمشتري له وإن أدهم من درهم موكله فالمشتري لموكله لأن الظاهر نقداً ثمن من مال من يشتري له فكان الظاهر شاهداً للثمن فكان صادقا في حكمه (وأما) إذا لم تحضره النية وقت الشراء واتفقا عليه يحكم فيه الثمن أيضاً عند أبي يوسف وعند محمد يكون الشراء للوكيل (وجه) قول محمد أن الأصل أن يكون الإنسان متصرفاً لنفسه لا لغيره فكان الظاهر شاهداً للوكيل فكان المشتري له (وجه) قول أبي يوسف أن أمور المسلمين محمولة على الصلاح والسداد ما أمكن وذلك في تحكيم الثمن على ما مر والله تعالى أعلم الوكيل بالشراء لا يملك الشراء من نفسه لأن الحقوق في باب الشراء ترجع إلى الوكيل فيؤدي إلى الحالة وهو أن يكون الشخص الواحد في زمان واحد مسلماً ومتسلسلاً مطالباً ومطالباً ولأنه منهم في الشراء من نفسه ولو أمره الموكل بذلك لا يصح لما ذكرنا وكذلك لو اشتري من ولده الصغير لأن ذلك شراء من نفسه وكذلك لو اشتري من عبده الذي لا دين عليه أو مكاتبه وكذلك الوكيل بالشراء لا يملك الشراء من أبيه وجده وولده وولد ولده وزوجته وكل من لا تقبل شهادته له عند أبي حنيفة وعندهما يجوز إذا اشتري بمثل القيمة أو بأقل أو بزيادة يتغابن في مثلها وأجمعوا على أنه لا يملك الشراء من عبده الذي لا دين عليه ومكاتبه وقد مرّت المسئلة بحججها من قبل ولو كانت الوكالة عامة بان قال له اعمل ما شئت أو قال له بع من هؤلاء أو أجاز ما صنعت الوكيل جاز لأن المانع من الجواز التهمة وقد زالت بالامر والاجازة ولودفع إليه دراهم ووكله أن يشتري له بها طعاماً فهو على الخطة والدقيق لا على القاكهة واللحم والخبز لأن الطعام في الحقيقة وإن كان اسماً لا يطعم لكنه ينصرف إلى الخطة والدقيق بقرينة الشراء في العرف ولهذا سمي السوق الذي تباع فيه الخطة والدقيق سوق الطعام دون غيره إلا إذا كان المدفوع إليه قليلاً كالدرهم ونحوه أو كان هناك ولية فينصرف إلى الخبز وقيل يحكم الثمن أن كان قليلاً ينصرف إلى الخبز وإن كان كثيراً ينصرف إليهما ولو قال اشتري بدرهم لحمًا ينصرف إلى اللحم الذي يباع في السوق ويشترى الناس منه في الأغلب من لحم الضأن والمعز والبقر والأبل إن جرت العادة بشراؤه ولا ينصرف إلى المشوى والمطبوخ إلا إذا كان مسافراً أو نزل خاناً ودفع إلى إنسان درهمًا ليشتري به لحمًا ولا إلى لحم الطير والوحش والسماك ولا إلى شاة حية ولا إلى مذبوحة غير مسلوخة لا نعدام جريان العادة باشتراؤه وإن اشتري مسلوخاً جاز على الموكل لأن المسلوخ يباع في الأسواق في العادة ولا إلى البطن والكرش والكبد والرأس والكراع لأنها ليست بلحم ولا يشتري مقصوداً أيضاً بل تبعاً للحم فلا ينصرف مطلق التوكيل إليه بخلاف ما إذا حلف لا يأكل لحمًا فكل هذه الأشياء أنه بحث لأن مبنى الإيمان على العرف ذكر أو تسمية ومبنى الوكالة على العرف عادة وفعلاً ألا ترى أن حكم الحنث يلزم بأكل القديد ولو اشتري الوكيل القديد لا يلزم الموكل لا نعدام العادة ببيع القديد في الأسواق في الغالب ولا إلى شحم البطن والآلية لأنها ليسا بلحم ولو وكله بشراء آلية لا يملك أن يشتري لحمًا لأنها مختلفان اسماً ومقصوداً ولو وكله أن يشتري سمكاً بدرهم فهو

فهو على الطرى الكبار دون المالح والصغار لان العادة شراء الطرى الكبار منه دون المالح ودون الصغار ولو وكله
 بشراء الرأس فهو على النىء دون المطبوخ والمشوى وهو على رأس الغنم دون البقر والابل الا في موضع جرت العادة
 بذلك والمذكور من الخلاف في الجامع الصغير يرجع الى اختلاف العصر والزمان دون الحقيقة ودون رأس العصفور
 والسمك والجراد لا نعدام العادة ولو وكله بشراء دهن فله أن يشتري أى دهن شاء وكذا اذا وكله بشراء فاكهة له أن
 يشتري أى فاكهة تباع في السوق عادة ولو وكله بشراء البيض فهو على بيض الدجاج وان كانت العين المنعقدة عليه
 تقع على بيض الطيور كلها ما ذكرنا ولو وكله أن يشتري لبنا فهو على ما يباع في عادة البلد في السوق من الغنم والبقر والابل
 وكذا اذا وكله بشراء السمك فان استوفى عليهم ما جميعاً بخلاف ما اذا حلف لا يذوق لبنا ان ذلك يقع على لبن الغنم
 والبقر والابل لما ذكرنا من العرف والله تعالى أعلم الوكيل بشراء الكباش لا يملك شراء النجعة حتى لو اشترى لا يلزم
 الموكل لان الكباش اسم للذكر والنجعة اسم للانثى وكذا ولو وكله بشراء عناق فاشترى جدياً أو شراء فرس أو برذون
 فاشترى رمكة لا يجوز على الموكل والبقر يقع على الذكر والانثى وكذا البقرة في رواية الجامع قال الله تعالى ان الله
 يأمركم أن تذبحوا بقرة قيل انها كانت ذكراً وقال سبحانه وتعالى لا ذلول تثير الارض واثارة الارض عمل الثيران
 وذكر القدوري رحمه الله انها تقع على الانثى والصحيح رواية الجامع لما ذكرنا والدجاج يقع على الذكر والانثى
 والدجاجة على الانثى والبعير على الذكر والناقة على الانثى والبخى ضرب خاص من الابل والنجعية ضرب معروف
 بسرعة السير وهي كالحمار في عرف بلادنا ولا يقع اسم البقر على الجاموس وان كان من جنس البقر حتى يتم به نصاب
 الزكاة بعده عن أو هاهم لقلته فيهم والله تعالى أعلم الوكيل بالشراء اذا أمر غيره فاشترى ان فعله بحضرة الاول أو باجازه
 أو باجازه الموكل جاز على الموكل والا فلا الا اذا كانت الوكالة عامة على ما مر والله عز وجل أعلم

فصل في الوكيلان هل ينفرد أحدهما بالتصرف فيهما وكلاهما أم الوكيلان بالبيع فلا يملك أحدهما التصرف بدون صاحبه ولو فعل لم يحجز حتى يحجز صاحبه أو الموكل لان البيع مما يحتاج فيه الى رأى الموكل انما رضى برأيهما لا يرى أحدهما واجتمعا على ذلك ممكن فلم يمثل أمر الموكل فلا ينفذ عليه وكذا الوكيلان بالشراء سواء كان الثمن مسمى أو لم يكن وسواء كان الوكيل الآخر غائباً أو حاضراً لما ذكرنا في البيع الا ان في الشراء اذا اشترى أحدهما بدون صاحبه ينفذ على المشتري ولا يقف على الاجازة وفي البيع يقف على الاجازة وقد مر الفرق وكذلك الوكيلان بالنكاح والطلاق على مال والعق على مال والخلع والكتابة وكل عقد فيه بدل هو مال لان كل ذلك مما يحتاج الى رأى ولم يرض برأى أحدهما باقراده وكذا ما خرج مخرج التملك بان قال لرجلين جعلت أمراً أنى بيدكما أو قال لهما طلقا امرأتى ان شئتما لا ينفرد أحدهما بالتطليق لانه جعل أمر اليد تملكاً لا ترى انه يقف على المجلس والتعليكات هي التي تختص بالمجلس والتمليك على هذا الوجه مشروط بالمشيئة كأنه قال طلقا امرأتى ان شئتما وهناك لا يملك أحدهما التطليق دون صاحبه لان المعلق بشرطين لا يزل الا عند وجودهما فكذا هذا وكذا الوكيلان بقبض الدين لا يملك أحدهما ان يقبض دون صاحبه لان قبض الدين مما يحتاج الى رأى والا مائة وقد فوض الرأى اليهما جميعاً لا الى أحدهما ورضى بما تتهما جميعاً لا بأمانة أحدهما فان قبض أحدهما لم يبرئه الغريم حتى يصل ما قبضه الى صاحبه فيقع في أيديهما جميعاً أو يصل الى الموكل لانه لما وصل المقبوض الى صاحبه أو الى الموكل فقد حصل المقصود بالقبض فصار كأنهما قبضاه جميعاً ابتداء (وأما) الوكيلان بالطلاق على غير مال والعق على غير مال والوكيلان بتسليم الهبة ورد الوديعة وقضاء الدين فينفرد أحدهما بالتصرف فيهما وكلاهما لان هذه التصرفات مما لا يحتاج الى رأى فكان اضافة التوكيل اليهما تقوى أيضاً للتصرف الى كل واحد منهما باقراده (وأما) الوكيلان بالخصومة فكل واحد منهما يتصرف باقراده عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر لا ينفرد (وجه) قوله ان الخصومة مما يحتاج الى رأى ولم يرض برأى أحدهما فلا يملكها أحدهما دون صاحبه (وجه) قول أصحابنا الثلاثة ان الغرض من

الخصومة اعلام القاضي بما يملكه الخصام واستماعه واجتماع الوكيلين على ذلك يخل بالاعلام والاستماع لان ازدحام الكلام يخل بالفهم فكان اضافة التوكيل اليهما فهو يضاً للخصومة الى كل واحد منهما فأيهما خصم كان تمثيلاً الا انه لا يملك أحدهما القبض دون صاحبه وان كان الوكيل بالخصومة لك القبض عندئذ لان اجتماعهما على القبض ممكن فلا يكون راضياً بقبض أحدهما بافتراده (وأما) المضار بان فلا يملك أحدهما التصرف بدون اذن صاحبه اجماعاً وفي الوصيين خلاف بين أصحابنا نذكره في كتاب الوصية والله تعالى أعلم الوكيل هل يملك الحقوق جملة الكلام فيه ان الموكل به نوعان نوع لا حقوق له الا ما أمر به الموكل كالموكل بالدين والتوكيل بالملازمة ونحوه ونوع له حقوق كالبيع والشراء والنكاح والخلع ونحوه (أما) التوكيل بالبيع والشراء فحقوقها ترجع الى الوكيل فيسلم المبيع ويقبضه ويقبض الثمن ويطالب به ويخاصم في العيب وقت الاستحقاق والا صل ان كل عقد لا يحتاج فيه الى اضافته الى الموكل ويكتفى فيه بالاضافة الى نفسه فحقوقه راجعة الى العاقد كالباع والاشربة والاجارات والصلح الذي هو في معنى البيع فحقوق هذه العقود ترجع للوكيل وعليه ويكون الوكيل في هذه الحقوق كالمالك والمالك كالاجنبي حتى لا يملك الموكل مطالبة المشتري من الوكيل بالثمن ولو طالبه فأبى لا يجبر على تسليم الثمن اليه ولو أمره الوكيل بقبض الثمن ملك المطالبة وأيهما طالب المشتري بالثمن يجبر على التسليم اليه ولو نهاه الوكيل عن قبض الثمن صح نهيته ولو نهى الموكل الوكيل عن قبض الثمن لا يعمل نهيته غير ان المشتري اذا قدّم الثمن الى الموكل يبرأ عن الثمن استحساناً وكذا الوكيل هو المطالب بتسليم المبيع اذا قدّم المشتري الثمن ولا يطالب به الموكل واذا استحق المبيع في يد المشتري يرجع بالثمن على الوكيل ان كان قدّم الثمن اليه وان كان قدّمه الى الموكل يرجع بالثمن عليه وكذا اذا وجد المشتري بالمبيع عيباً له أن يخاصم الوكيل واذا أثبت العيب عليه ورده عليه بقضاء القاضي أخذ الثمن من الوكيل ان كان قدّمه الثمن وان كان قدّمه الى الموكل أخذ منه وكذا الوكيل بالشراء هو المطالب بالثمن دون الموكل وهو الذي يقبض المبيع دون الموكل واذا استحق المبيع في يده فهو الذي يتولى الرجوع بالثمن على بائعه دون الموكل ولو وجد بالمبيع عيباً أن كان المبيع في يده ولم يسلمه الى الموكل بعد فله أن يردّه على بائعه بالعيب وان كان قد سلمه الى موكله ليس له أن يردّه عليه الا برضا موكله وكذلك في الاجارة والاستئجار وأخواتهما وكل عقد يحتاج فيه الى اضافته الى الموكل فحقوقه ترجع الى الموكل كالنكاح والطلاق على مال والعناق على مال والخلع والصلح عن دم العمد والكتابة والصلح عن انكار المدعى عليه ونحوه فحقوق هذه العقود تكون للموكل وعليه والوكيل فيها يكون سفيراً ومعبراً محضاً حتى ان وكيل الزوج في النكاح لا يطالب بالمهر وانما يطالب به الزوج الا اذا ضمن المهر فينذ يطالب به لكن بحكم الضمان وكيل المرأة في النكاح لا يملك قبض المهر وكذا الوكيل بالكتابة والخلع لا يملك قبض بدل الكتابة والخلع ان كان وكيل الزوج وان كان وكيل المرأة لا يطالب ببديل الخلع الا بالضمان وكذا الوكيل بالصلح عن دم العمد وهذا الذي ذكرنا ان حقوق العقد في البيع والشراء وأخواتهما ترجع الى الوكيل مذهب علمائنا وقال الشافعي رحمه الله لا يرجع شيء من الحقوق الى الوكيل وانما يرجع الى الموكل (وجه) قوله ان الوكيل متصرف بطريق النيابة عن الموكل وتصرف النائب تصرف المنوب عنه ألا ترى ان حكم تصرفه يقع للموكل فكذلك حقوقه لان الحقوق تابعة للحكم والحكم هو المتبوع فاذا كان الاصل له فكذلك التابع (ولنا) ان الوكيل هو العاقد حقيقة فكانت حقوق العقد راجعة اليه كما اذا تولى الموكل بنفسه ولا شك ان الوكيل هو العاقد حقيقة لان عقده كلامه القائم بذاته حقيقة ويستحيل أن يكون الانسان فاعلاً بفعل الغير حقيقة وهذه حقيقة مقررة بالشريعة قال الله عز وجل وأن ليس للانسان الا ما سعى وقال الله عز شأنه لهما كسبت وعليهما ما اكتسبت وكان ينبغي أن يكون أصل الحكم له أيضاً لان السبب وجد منه حقيقة وشرعاً الا ان الشرع أثبت أصل الحكم للموكل لان الوكيل انما فعله له بأمره وانابته وفعل المأمور مضاف الى الأمر فتعارض الشبهان فوجب اعتبارهما بقدر الامكان فعملنا بشبه الأمر والانا به بإيجاب أصل الحكم للموكل ونسبة الحقيقة المقررة بالشريعة

بأثبات نوابع الحكم للوكيل توفير أعلى الشبهين حفظهما من الحكم ولا يمكن الحكم بالعكس وهو إثبات أصل الحكم للوكيل وإثبات التوابع للموكل لأن الأصل في نقاذ تصرف الوكيل هو الولاية لأنها علة نقاذه إذا ملك له والموكل أصل في الولاية والوكيل تابع له لأنه لا يتصرف بولاية نفسه لعدم الملك بل بولاية مستفادته من قبل الموكل فكان إثبات أصل الحكم للموكل وإثبات التوابع للوكيل وضع الشيء في موضعه وهو وحد الحكمة وعكسه وضع الشيء في غير موضعه وهو وحد السفه بخلاف النكاح وأخواته لأن الوكيل هناك ليس بتائب عن الموكل بل هو سفير ومعبّر بمنزلة الرسول ألا ترى أنه لا يضيف العقد إلى نفسه بل إلى موكله فاندست النيابة بقي سفيراً محضاً فاعتبر العقد موجوداً من الموكل من كل وجه فترجع الحقوق إليه ثم نقول إنما تلزمه العهدة وترجع الحقوق إليه إذا كان من أهل العهدة (فاما) إذا لم يكن بان كان صبياً محجوراً راي تنفيذ بيعه وشراؤه وتكون العهدة على الموكل لا عليه لأن ذلك من باب التبرع والصبي ليس من أهل التبرع لكونه من التصرفات الضارة المحضة فيقع محضاً لحصول التجربة والممارسة له في التصرفات ولا خيار للمشتري من الوكيل المحجور سواء علم أنه محجور أو لم يعلم في ظاهر الرواية وعن أبي يوسف أنه إن كان عالماً فلا خيار له فاما إذا كان جاهلاً فله الخيار إن شاء فسخ العقد وإن شاء أمضاه (وجه) قوله إن الرضا شرط جواز التجارة وقد اختلف الرضا لأنه لا أقدم على العقد على أن تكون العهدة على العاقد فإذا تبين أنها ليست عليه اختلف رضاه فثبت له الخيار كما إذا ظهر به عيب (وجه) ظاهر الرواية أن الجمل بالبحر ليس بعذر لأنه يمكنه الوصول إليه خصوصاً في حق الصبي لأن الأصل فيه هو البحر والأذن بعارض الرشد فكان سبب الوصول إلى العلم قائماً فالجمل به لتقصير من جهته فلا يعذر ويعتبر عالماً ولو علم بالبحر حقيقة لما ثبت له الخيار كذا هذا والله تعالى أعلم الوكيل بالهبة والصدقة والاعارة والإيداع والرهن والقرض إذا فعل ما أمر به وقبض لا يملك المطالبة برد شيء من ذلك إلى يده ولا أن يقبض الوديعة والعارية والرهن ولا القرض ممن عليه لأن الحكم في هذه العقود يقف على القبض ولا يصنع للوكيل في القبض بل هو صنع القابض في محل مملوك للمولى فكانت حقوق العقد راجعة إليه وكان الوكيل سفيراً عنه بمنزلة الرسول بخلاف الوكيل بالبيع وأخواته لأن الحكم فيها للعقد لا للقبض وهو العاقد حقيقة وشراً على ما قررنا فكانت الحقوق عائدة إليه وكذا في التوكيل بالاستعارة والارتمان والاستيهاج الحكم والحقوق ترجع إلى الموكل وكذا في التوكيل بالشركة والمضاربة لما قلنا والوكيل أن يوكل غيره في الحقوق لأنه أصل في الحقوق والمالك أجنب عنها فلك توكيل غيره فيها (ومنها) أن المقبوض في يد الوكيل بمجهة التوكيل بالبيع والشراء وقبض الدين والعين وقضاء الدين أمانة بمنزلة الوديعة لأن يده بديانة عن الموكل بمنزلة يد المودع فيضمن بما يضمن في الودائع ويبرأ بما يبرأ فيها ويكون القول قوله في دفع الضمان عن نفسه ولو دفع إليه مالا وقال اقضه فلا ناعن ديني فقال الوكيل قد قضيت صاحب الدين فادفعه إلى وكذبه صاحب الدين فالتقول قول الوكيل في براءة نفسه عن الضمان والقول قول الطالب في أنه لم يقبضه حتى لا يسقط دينه عن الموكل لأن الوكيل أمين فيصدق في دفع الضمان عن نفسه ولا يصدق على التبريم في إبطال حقه وتجب التبريم على أحدهما لا عليهما لأنه لا بد للموكل من تصديق أحدهما وتكذيب الآخر في حلف المكذب منهما دون المصدق فان صدق الوكيل في الدفع يحلف الطالب بالله عز وجل ما قبضه فان حلف لم يظهر قبضه ولم يسقط دينه وان نكل ظهر قبضه وسقط دينه عن الموكل وان صدق الطالب أنه لم يقبضه وكذب الوكيل يحلف بالله تعالى لقد دفعه إليه فان حلف برى وان نكل لزمه ما دفع إليه وكذلك لو أودع ماله رجلاً وأمره أن يدفع الوديعة إلى فلان فقال المودع دفعت وكذبه فلان فهو على التفصيل الذي ذكرنا ولو دفع المودع الوديعة إلى رجل وادعى أنه قد دفعها إليه بامر صاحب الوديعة وأنكر صاحب الوديعة الأمر فالتقول قوله مع يمينه أنه لم يأمره بذلك لأن المودع يدعى عليه الأمر وهو ينكر والقول قول المنكر مع يمينه ولو كان المال مضموناً على رجل كالمغصوب في يد الغاصب أو الدين على التبريم فأمر الطالب أو المغصوب منه أن يدفعه إلى فلان فقال المأمور قد دفعت إليه وقال فلان ما قبضت فالتقول قول

فلان انه لم يقبض ولا يصدق الوكيل على الدفع الابينة أو بتصدق الموكل لان الضمان قد وجب عليه وهو يدعي
الدفع الى فلان يريد ابراء نفسه عن الضمان الواجب فلا يصدق الابينة أو بتصدق الموكل فان صدقه الموكل يبرأ
أيضاً لانه اذا صدقه فقد أبرأه عن الضمان ولكنهم ما لا يصدقان على القابض ويكون القول قوله انه لم يقبضه مع يمينه
لان قولهما حجة في حق أنفسهما لا في ابطال حق الغير مع يمين الطالب لانه منكر للقبض والقول قول المنكر مع يمينه ولو
كذبه الموكل في الدفع وطلب الوكيل يمينه فانه يحلف على العلم بالله تعالى ما يعلم انه دفع فان حلف أخذ منه الضمان وان
نكل سقط الضمان عنه ولو ان الوكيل المدفوع اليه المال قضى الدين من مال نفسه وأمسك ما دفع اليه الموكل جاز لانه
لو لم يدفع اليه الدراهم أصلاً وقضى الوكيل من مال نفسه جاز على الموكل لان الوكيل بقضاء الدين في الحقيقة وكيل
بشراء الدين من الطالب والوكيل بالشراء اذا تعد الثمن من مال نفسه جاز فهذا أولى ولو لم يدفع اليه شيئاً ولكنه أمره
بقضاء دينه فقال الوكيل قضيت وكذبه الطالب والموكل فأقام الوكيل اليمين انه قد قضى صاحب الدين قبلت بيمينته
وبرى الموكل من الدين ويرجع الوكيل على الموكل بما قضى عنه لان الثابت بالبينة كالثابت حسام ومشاهدة وقد
ثبت قضاء الدين بالبينة فله ان يرجع ولو لم تكن له يمينه وكذبه الطالب والموكل فالقول قولهما مع اليمين لان الوكيل
يدعوى القبض يريد ايجاب الضمان على الطالب لانه يريد اسقاط الدين عن الموكل وذلك بطريق المقاصة وهو أن
أن يصير المقبوض مضموناً على القابض الطالب ديناً عليه وله على الموكل دين مثله فيلتقيان قصاصاً والطالب منكر
وكذا الموكل منكر لوجوب الضمان عليه فكان القول قولهما مع اليمين أو يقال ان الوكيل بقوله قضيت يدعي على
الطالب بيع دينه من الغريم وعلى المشتري الشراء منه وهما منكران فكان القول قولهما مع اليمين ويحلف الموكل على
العلم لانه يحلف على فعل غيره وهو قبض الطالب وان صدقه الموكل في القضاء وكذبه الطالب يصدق على الموكل دون
الطالب حتى يرجع على الموكل بما قضى ويغرم ألماً أخرى للطالب لان الموكل صدقه في دعوى القضاء عنه بأمره
وهو مصدق على نفسه في تصديقه فثبت القضاء في حقه فكان القول قوله مع يمينه هكذا ذكر القدرى رحمه الله وذكر
في الجامع ان الوكيل لا يرجع على الموكل وان صدقه الموكل لان حق الرجوع يعتمد وجود القضاء ولم يوجد لان
الطالب منكر الا انا نقول انكار الطالب يمنع وجود القضاء في حقه لانه منكر ما لا يمنع وجوده في حق الموكل لانه مقرر
واقرا كل مقرر حجة في حقه فكان الاول أشبه ولودفع الى انسان ما لا يقضى دينه فقضاء الموكل بنفسه ثم قضاء الوكيل
فان كان الوكيل لم يعلم بما فعله الموكل فلا ضمان على الوكيل ويرجع الموكل على الطالب بما قبض من الوكيل وان علم
بان الموكل قد قضا بنفسه فهو ضامن لان الموكل لما قضا بنفسه فقد عزل الوكيل الا ان عزل الوكيل لا يصبح الا بعد
علمه به فاذا علم بفعل الموكل فقد علم بالعزل فصارت متعدي في الدفع فيلزمه الضمان واذا لم يعلم فلم يوجد منه التعدى فلا ضمان
عليه وليس هذا كالموكل يدفع الزكاة اذا أدى الموكل بنفسه ثم أدى الوكيل انه يضمن الوكيل علم بأداء الموكل أو لم
يعلم عند أبي حنيفة رحمه الله لان الوكيل بأداء الزكاة مأثور بأداء الزكاة وأداء الزكاة هو اسقاط القرض بتملك المال
من الفقير ولم يوجد ذلك من الوكيل لحصوله من الموكل فبقى الدفع من الوكيل تعدى محضاً فكان مضموناً عليه فاما
قضاء الدين فعبارة عن أداء مال مضمون على القابض على ما ذكرنا والمدفوع الى الطالب مقبوض عنه والمقبوض
بجهة الضمان مضمون كالمقبوض على سوم الشراء لكونه مقبوضاً بجهة القضاء والمقبوض بجهة القضاء مضمون على
القابض ويقال ان قضاء الدين عبارة عن نوع معاوضة وهو نوع شراء الدين بالمال والمقبوض من الوكيل مقبوض
بجهة الشراء والمقبوض بجهة الشراء مضمون على المشتري بخلاف ما اذا دفعه على علمه بدفع الموكل لان هناك لم يوجد
التيض بجهة الضمان لانعدام القبض بجهة القضاء فبقى تعدى فيجب عليه ضمان التعدى والقول قول الوكيل في انه لم يعلم
بدفع الموكل لان القول قول الامين في دفع الضمان عن نفسه لكن مع اليمين وعلى هذا اذا مات الموكل ولم يعلم الوكيل
بموته حتى قضى الدين لا ضمان عليه واذا كان عالماً بموته ضمن لما قلنا والله عز وجل أعلم الوكيل ببيع العبد اذا قل بعث

وقبضت الثمن وهلك هذا على وجهين (أما) إن كان الموكل يسلم العبد إلى الوكيل أو كان لم يسلم إليه فإن لم يكن يسلم العبد إليه فقال الوكيل بعته من هذا الرجل وقبضت منه الثمن وهلك الثمن في يدي أو قال دفعته إلى الموكل فهذا لا يخلو أما إن صدقه في ذلك أو كذبه فإن كذبه بالبيع أو صدقه بالبيع وكذبه في قبض الثمن أو صدقه فيه ما وكذبه في الهلاك فإن صدقه في ذلك كله يهلك الثمن من مال الموكل ولا شيء على الوكيل لأنه يهلك أمانة في يده وإن كذبه في ذلك كله بان كذبه بالبيع أو صدقه بالبيع وكذبه في قبض الثمن فإن الوكيل يصدق في البيع ولا يصدق في قبض الثمن في حق الموكل لأن إقرار الوكيل في حق نفسه جائز عليه والمشتري بالخيار إن شاء نقد الثمن ثانياً إلى الموكل وأخذ منه المبيع وإن شاء فسخ البيع وله أن يرجع في الحالين جميعاً على الوكيل بما قد كذا ولو أقر الوكيل بالبيع وزعم أن الموكل قبض من المشتري الثمن وأنكر الموكل ذلك فإن الوكيل يصدق في البيع ولا يصدق في إقراره على الموكل بالقبض لما ذكرنا ويحبر المشتري على ما ذكرنا إلا أن هناك لا يرجع على الوكيل بشيء لأنه لم يوجد منه الإقرار بقبض الثمن وإن صدقه الموكل في البيع وقبض الثمن وكذبه في الهلاك أو الدفع إليه فالقول قول الوكيل في دعوى الهلاك أو الدفع إليه مع يمينه لأنه أمين ويحبر الموكل على تسليم العبد إلى المشتري لأنه ثبت البيع وقبض الثمن بتصديقه إياه ولا يؤمر المشتري بنقد الثمن ثانياً إلى الموكل لأنه ثبت وصول الثمن إلى يد وكيله بتصديقه ووصول الثمن إلى يد وكيله كوصوله إلى يده هذا إذا لم يكن العبد مسلماً إلى الوكيل فأما إذا كان مسلماً إليه فقال الوكيل بعته من هذا الرجل وقبضت منه الثمن فهلك عندي أو قال دفعته إلى الموكل أو قال قبض الموكل الثمن من المشتري فإن الوكيل يصدق في ذلك كله ويسلم العبد إلى المشتري ويبرأ المشتري من الثمن ولا يمين عليه (أما) إذا صدقه الموكل في ذلك كله فلا يشك في كذبه في البيع أو صدقه فيه وكذبه في قبض الثمن لأن الوكيل أقر ببراءة المشتري عن الثمن فلا يحلف ويحلف الوكيل فإن حلف على ما يدعيه يرى من الثمن وإن نكل عن اليمين لزمه ضمان الثمن للموكل فإن استحق العبد بعد ذلك من يد المشتري فإنه يرجع بالثمن على الوكيل إذا أقر بقبض الثمن منه والوكيل لا يرجع على الموكل بما ضمن من الثمن للمشتري لأن الموكل لم يصدق على قبض الثمن فأقر الوكيل في حقه جائز ولا يجوز في حق الرجوع على الموكل وله أن يحلف الموكل على العلم بقبض الوكيل فإن نكل رجع عليه بما ضمن ولو أقر الموكل بقبض الوكيل الثمن لكنه كذبه في الهلاك أو الدفع إليه فإن الوكيل يرجع بما ضمن عليه لأن يد وكيله كيده ولو كان الوكيل لم يقر بقبض الثمن بنفسه ولكنه أقر أن الموكل قبضه من المشتري لا يرجع المشتري على الوكيل لأنه لم يقر بقبض الثمن ولا يرجع على الموكل أيضاً لأن إقرارهما على الموكل لا يجوز ولو لم يستحق المبيع ولكنه وجد به عيباً كان له أن يخاصم الوكيل فإذا رد عليه بقضاء القاضى رجع عليه بالثمن إن أقر بقبض الثمن منه ولو لم يقر بقبض الثمن على الموكل بما ضمن إذا أقر الموكل بقبض الوكيل الثمن ويكون المبيع للموكل وإن لم يقر الموكل بقبض الوكيل الثمن لا يرجع الوكيل بما ضمن على الموكل وله أن يحلف الموكل على العلم بقبضه فإن نكل رجع عليه وإن حلف لا يرجع ولكنه يبيع العبد فيستوفي ما ضمن من ثمن العبد فإن كان فيه فضل رده على الموكل وإن كان فيه نقصان فلا يرجع بالنقصان على أحد ولو كان الوكيل لم يقر بقبض الثمن بنفسه ولكنه أقر بقبض الموكل لا يرجع المشتري بالثمن على الوكيل لأنه لم يدفعه إليه ولا يرجع على الموكل أيضاً لأنهما لا يصدقان عليه بالقبض وعلى الموكل اليمين على البتات فإن نكل رجع عليه والمبيع له وإن حلف لا يرجع عليه بشيء ولكن المبيع يباع عليه وذكر الطحاوي في الفصل الأول أن الوكيل يبيعه في قولهما وفي قول أبي حنيفة رحمه الله لا يبيعه وجعل هذا كييع مال المديون المقاس ولكن الوكيل لو باعه يجوز بيعه لأنه لما رد عليه فسخاً عادت الوكالة فإذا بيع العبد يستوفي المشتري الثمن منه إن أقر الوكيل بقبض الموكل ولم يقر بقبض نفسه وإن أقر بقبض الثمن وضمن المشتري يأخذ من الثمن مقدار ما غرم فإن كان فيه فضل رده على الموكل وإن كان فيه نقصان لا يرجع على أحد (ومنها) أن الوكيل بقضاء الدين إذا لم يدفع الموكل إليه ما ليقضى دينه منه فقضاء من

مال نفسه يرجع بما قضى على الموكل لأن الأمر بقضاء الدين من مال غيره استقرض منه والمقرض يرجع على المستقرض بما أقرضه وكذلك الوكيل بالشراء من غير دفع الثمن إلى الوكيل توكيل بقضاء الدين وهو الثمن والوكيل بقضاء الدين إذا قضى من مال نفسه يرجع على الموكل فكذلك الوكيل بالشراء وله أن يحبس المبيع لاستيفاء الثمن من الموكل عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر ليس له حبسه (وجه) قوله أن المبيع أمانة في يد الوكيل ألا ترى أنه لو هلك في يده فإهلاك على الموكل حتى لا يسقط الثمن عنه وليس للأمين حبس الأمانة بعد طلب أهلها قال الله تعالى إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها فصار كالوديعة (ولنا) أنه عاقد وجب الثمن له على من وقع له حكم البيع ضماناً للمبيع فكان له حق حبس المبيع لاستيفاء الثمن كالبائع مع المشتري وإذا طاب منه الموكل فحبسه حتى هلك كان مضموناً عليه بلا خلاف بين أصحابنا لكنهم اختلفوا في كيفية الضمان قال أبو حنيفة ومحمد يكون مضموناً ضمان البيع وقال أبو يوسف يكون مضموناً ضمان الرهن وقال زفر يكون مضموناً ضمان الفحص (وجه) قول زفر ما ذكرنا أن المبيع أمانة في يده والأمين لا يملك حبس الأمانة عن صاحبها فإذا حبسها فقد صار غاصباً والمغصوب مضمون بقدره من المثل أو بالقيمة بالغاً ما بلغ (وجه) قول أبي يوسف أن هذه عين محبوسة بدين يستطع بهلاكها فكانت مضمونة بالآقل من قيمتها ومن الدين كالرهن (وجه) قوله ما أن هذه عين محبوسة بدين هو ثمن فكانت مضمونة ضمان البيع كالبيع في يد البائع وكذلك الوكيل بالبيع إذا باع وسلم وقبض الثمن ثم استحق المبيع في يد المشتري فإنه يرجع بالثمن على الوكيل فيأخذ عينه إن كان قائماً ومثله أو قيمته إن كان هالكاً والله عز وجل أعلم

فصل ١٠ وأما بيان ما يخرج به الوكيل عن الوكالة فنقول وبالله التوفيق الوكيل يخرج عن الوكالة بأشياء منها عزل الموكل إياه ونهيها لأن الوكالة عقد غير لازم فكان محتملاً للفسخ بالعزل والنهي ولصحة العزل شرط أن أحدهما علم الوكيل به لأن العزل فسخ للعقد فلا يلزم حكمه إلا بعد العلم به كالفسخ فاذا عزله وهو حاضر انزل وكذا لو كان غائباً فكاتب إليه كتاب العزل فبلغه الكتاب وعلم بما فيه انزل لأن الكتاب من الغائب كالخطاب من الحاضر وكذلك لو أرسل إليه رسولا فبلغ الرسالة وقال إن فلاناً أرسلني إليك ويقول إنني عزلتك عن الوكالة فإنه ينزل كأنما كان الرسول عدلاً كان أو غير عدل حراً كان أو عبد أصغيراً كان أو كبيراً بعد أن بلغ الرسالة على الوجه الذي ذكرنا لأن الرسول قائم مقام المرسل معبر وسفير عنه فتصح سفارته بعد أن سجت عبارته على أي صفة كان وإن لم يكتب كتاباً ولا أرسل رسولا ولكن أخبره بالعزل رجلان عدلان أو غير عدلين أو رجل واحد عدل ينزل في قولهم جميعاً سواء صدقه الوكيل أو لم يصدقه إذا ظهر صدق الخبر لأن خبر الواحد مقبول في المعاملات فإن لم يكن عدلاً فخير العدلين أو العدل أولى وإن أخبره واحد غير عدل فإن صدقه ينزل بالاجماع وإن كذبه لا ينزل وإن ظهر صدق الخبر في قول أبي حنيفة وعندهما ينزل إذا ظهر صدق الخبر وإن كذبه (وجه) قوله ما أن الأخبار عن العزل من باب المعاملات فلا يشترط فيه العدد ولا العدالة كما في الأخبار في سائر المعاملات (وجه) قول أبي حنيفة أن الأخبار عن العزل له شبه الشهادة لأن فيه التزام حكم الخبر به وهو العزل وهو لزوم الامتناع من التصرف ولزوم العهدة فيما يتصرف فيه بعد العزل فاشبه الشهادة فيجب اعتبار أحدهما وطاها وهو العدالة أو العدد وعلى هذا الاختلاف الشفيع إذا أخبره بالبيع واحد غير عدل فلم يصدقه ولم يطلب الشفعة حتى ظهر عنده صدق الخبر فهو على شفيعته عند أبي حنيفة وعندهما بطلت شفيعته وعلى هذا الاختلاف إذا جنى العبد جناية في بني آدم ثم أخبر واحد غير عدل مولاه أن عبده قد جنى فلم يصدقه حتى اعتقه لا يصير المولى مختاراً للعداء عند أبي حنيفة وعندهما يصير مختاراً للعداء وعلى هذا الاختلاف العبد المأذون إذا بلغه حجر المولى من غير عدل فلم يصدقه لا يصير محجوراً عنه وعندهما يصير محجوراً وأما عزله الموكل واشهد على عزله وهو غائب ولم يخبره بالعزل أحد لا ينزل ويكون تصرفه قبل العلم بعد العزل كتصرفه قبل العزل في جميع الأحكام التي بينها وعن أبي يوسف في الموكل إذا عزل الوكيل ولم يعلم به فباع الوكيل وقبض الثمن فهلك الثمن في يد الوكيل ومات

العبد قبل التسليم الى المشتري كان للمشتري ان يرجع بالثمن على الوكيل و يرجع الوكيل على الموكل كما قبل العزل سواء لان العزل لم يصح لانعدام شرط صحته وهو العلم والثاني أن لا يتعلق بالوكالة حق الغير فاما اذا تعلق بها حق الغير فلا يصح العزل بغير رضا صاحب الحق لان في العزل ابطال حقه من غير رضاه ولا سبيل اليه وهو كمن رهن ماله عند رجل بدين له عليه أو وضعه على يدى عدل وجعل المرتهن أو العدل مسلطاً على بيعه وقبض ثمنه عند حل الاجل فعزل الراهن المسلط على البيع لا يصح به عزله لما ذكرنا وكذلك اذا وكل المدعى عليه وكيلا بالخصومة مع المدعى بالناس المدعى فعزل المدعى عليه بغير حضرة المدعى لا ينزل لما ذكرنا واختلف المشايخ فيمن وكل رجلاً بطلاق امرأته ان غاب ثم عزله الزوج من غير حضرة المرأة ثم غاب قال بعضهم لا يصح عزله لانه تعلق بهذه الوكالة حق المرأة فاشبه الوكيل بالخصومة وقال بعضهم يصح عزله لانه غير مجبور على الطلاق ولا على التوكيل به وانما فعله باختياره فيملك عزله كما في سائر الوكالات ولو وكل وكالة غير جائز الرجوع يعنى بالفارسية وكيلى دمار كست هل يملك عزله اختلف المشايخ قال بعضهم ان كان ذلك في الطلاق والعراق لا يملك لانه لما وكله وكالة ثابتة غير جائز الرجوع عنها فقد ألحق حكم هذا التوكيل بالامر ثم لو جعل امرأته الى رجل يطلقها متى شاء أو امر عبده الى رجل يعتقه متى شاء لا يملك الرجوع عنه وكذا اذا قال لرجل طلق امرأتى ان شئت أو اعتق عبدى ان شئت لا يملك عزله كذا هذا وان كان في البيع والشراء والاجارة والنكاح ونحوه يملك عزله وقال بعضهم انه يملك العزل في الكل لان الوكالة ليست بلازمة بل هي اباحية وللمبيع حق المنع عن المباح ولو قال وقت التوكيل كلما عزلتك فانك وكيلى وكالة مستقبلية فعزله ينزل ولكنه يصير وكيلاً ثانياً وكالة مستقبلية كما شرط لان تعليق الوكالة بالشرط جائز ولو قال الموكل للوكيل كنت وكلتك وقلت لك كلما عزلتك فانك وكيلى فيه وقد عزلتك عن ذلك كله لا يصير وكيلاً بعد ذلك الا بتوكيل جديد لان من علق التوكيل بشرط ثم عزله عن الوكالة قبل وجود الشرط ينزل الوكيل ولا يصير وكيلاً بعد ذلك بوجود الشرط وقال بعضهم في التوكيل المعلق لا يملك العزل قبل وجود الشرط ويكون الوكيل على وكالته بعد العزل وكالة مستقبلية والاول أصبح لانه لما ملك العزل في المرسل ففي المعلق أولى (ومنها) موت الموكل لان التوكيل بالامر الموكل وقد بطلت أهلية الأمر بالموت فتبطل الوكالة علم الوكيل بموته أم لا (ومنها) جنونه جنونا مطبقاً لان الجنون المطبق يبطل أهلية الأمر واختلف أبو يوسف ومحمد في حد الجنون المطبق فحده أبو يوسف بما يستوعب الشهر ومحمد بما يستوعب الحول (وجه) قول محمد ان المستوعب للحول هو المسقط للعبادات كلها فكان التقدير به أولى (وجه) قول أبي يوسف ان هذا القدر أدنى ما يسقط به عبادة الصوم فكان التقدير به أولى (ومنها) لحاقه بدار الحرب مرتداً عند أبي حنيفة وعندهما لا يخرج به الوكيل عن الوكالة بناء على ان تصرفات المرتد موقوفة عنده فكانت وكالة الوكيل موقوفة أيضاً فان أسلم الموكل نذرت وان قتل على الردة أو لحق بدار الحرب بطلت وعندهما تصرفاته نافذة فكذا الوكالة وان كان الموكل امرأة فارتدت فالوكيل على وكالته حتى تموت أو تلحق بدار الحرب اجماعاً لان ردة المرأة لا تمنع نفاذ تصرفاتها لانها لا تؤثر في رتب عليه النفاذ وهو الملك (ومنها) عجز الموكل والحجر عليه بأن وكل المكاتب رجلاً فعجز الموكل وكذا اذا وكل المأذون انساناً فحجر عليه لانه بالعجز والحجر عليه بطلت أهلية أمره بالتصرف في المال فيبطل الأمر فتبطل الوكالة (ومنها) موت الوكيل لان الموت يبطل أهلية التصرف (ومنها) جنونه المطبق لما ذكرنا وان لحق بدار الحرب مرتداً لم يحجز له التصرف الا ان يعود مسلماً لان أمره قبل الحكم بلحاظه بدار الحرب كان موقوفاً فان عاد مسلماً زال التوقف وصار كأنه لم يرتد أصلاً وان حكم بلحاظه بدار الحرب ثم عاد مسلماً هل تعود الوكالة قال أبو يوسف لا تعود وقال محمد تعود (وجه) قوله ان نفس الردة لا تنافي الوكالة ألا ترى انها لا تبطل قبل لحاقه بدار الحرب الا انه لم يحجز تصرفه في دار الحرب لتعذر التنفيذ لا اختلاف الدارين فاذا عا دزال المانع فيجوز ونظيره من وكل رجلاً ببيع عبد بالكوفة فلم يبعه فيها حتى خرج الى البصرة لا يملك بيعه بالبصرة ثم اذا عاد الى الكوفة ملك بيعه فيها كذا هذا (وجه)

قول أبي يوسف ان الوكالة عقد حكم بطلانه بلحاظه بدار الحرب فلا يحتمل العود كالنكاح (وأما) الموكل اذا ارتد ولحق بدار الحرب ثم عاد مسلماً لا تعود الوكالة في ظاهر الرواية وروى عن محمد أنها تعود ووجهه ان بطلان الوكالة لبطلان ملك الموكل فاذا عاد مسلماً عاد ملكه الاول فيعود بمقتضاه (وجه) ظاهر الرواية ان لحوقه بدار الحرب بمنزلة الموت ولومات لا يحتمل العود فكذا اذا لحق بدار الحرب (ومنها) أن يتصرف الموكل بنفسه فيما وكل به قبل تصرف الوكيل نحو ما اذا وكله ببيع عبده فباعه الموكل أو أعتقه أو دبره أو كاتبه أو وهبه وكذا اذا استحق أو كان حراً الاصل لان الوكيل عجز عن التصرف لان ملك الموكل فينتهي حكم الوكالة كما اذا هلك العبد ولو باعه الموكل بنفسه ثم رد عليه بعيب بقضاء هل تعود الوكالة كما اذا هلك العبد قال أبو يوسف لا تعود وقال محمد تعود لان العائد بالفسخ عين الملك الاول فيعود بمقتضاه (وجه) قول أبي يوسف ان تصرف الموكل نفسه يتضمن عزل الوكيل لانه أعجزه عن التصرف فيما وكله به والوكيل بعد ما عزل لا يعود وكيلا الا بتجديد التوكيل ولو وكله أن يهب عبده فوهبه الموكل بنفسه ثم رجع في هبته لا تعود الوكالة حتى لا يملك الوكيل أن يهبه فمحمد يحتاج الى الفرق بين البيع وبين الهبة (وجه) الفرق له لم يتضح وكذلك لو وكله بشراء شيء ثم اشتراه بنفسه وكذا اذا وكله بتزويج امرأة فتزوجها لانه عجز عن تزويجها منه فبطلت الوكالة وكذا اذا وكله بعتق عبده أو بالتدبير أو بالكتابة أو الهبة ففعل بنفسه لما قلنا وكذا اذا وكله بخلع امرأته ثم خلعها لان المختلعة لا تحتمل الخلع وكذا اذا وكله بطلاق امرأته فطلقها بنفسه ثلاثاً أو واحدة واقضت عدتها لانها لا تحتمل الطلاق بعد الثلاث واقضاء العدة حتى لو طلقها الزوج واحدة والعدة باقية فالوكالة قائمة لانها تحتمل الطلاق في العدة ولو وكله بالكتابة فكاتبه ثم عجز لم يكن له أن يكتبه مرة ثانية وكذا لو وكله أن يزوجه امرأة فزوجه وابانها لم يكن للوكيل ان يزوجه مرة أخرى لان الامر بالفعل لا يقتضي التكرار فاذا فعل مرة حصل الامتثال فانهى حكم الامر كما في الاوامر الشرعية بخلاف ما لو وكله ببيع عبده فباعه الموكل ثم رد عليه بقضاء قاض ان له ان يبيعه ثانياً لان الرد بقضاء القاضى يوجب ارتفاع العقد من الاصل ويجعله كأن لم يكن فلم يكن هذا تكرار حتى لو رده عليه بغير قضاء قاض لم يحجز له أن يبيعه لان هذا بيع جديد وقد انتهت الوكالة بالاول فلا يملك الثاني الا بتجديد التوكيل (ومنها) هلاك العبد الذي وكل ببيعه أو باعته أو بهبته أو بتدبيره أو بكتابه أو نحو ذلك لان التصرف في المحل لا يتصور بعده هلاكه والوكالة بالتصرف فيما لا يحتمل التصرف محال فبطل ثم هذه الاشياء التي ذكرنا ان يخرج بها الوكيل من الوكالة سوى العزل والنهي لا يفترق الحال فيها بين ما اذا علم الوكيل أو لم يعلم في حق الخروج عن الوكالة لكن تقع المفارقة فيما بين البعض والبعض من وجه آخر وهو ان الموكل اذا باع العبد الموكل ببيعه بنفسه ولم يعلم به الوكيل فباعه الوكيل وقبض الثمن فهلك الثمن في يده ومات العبد قبل التسليم الى المشتري ورجع المشتري على الوكيل بالثمن رجع الوكيل على الموكل وكذا لو دبره أو أعتقه أو استحق أو كان حراً الاصل وفيما اذا مات الموكل أو جن أو هلك العبد الذي وكل ببيعه ونحوه لا يرجع الوكيل والفرق أن الوكيل هناك وان صار معزولاً بتصرف الموكل ولكنه صار مغروراً من جهته بترك اعلامه اياه فصار كقبيل له بما يلحقه من الضمان فيرجع عليه بضمان الكفالة اذ ضمان العرور في الحقيقة ضمان الكفالة ومعنى العرور لا يتقدر في الموت وهلاك العبد والجنون واخوانها فهو الفرق ولو وكله بقبض دين له على رجل ثم ان الموكل وهب المال للذي عليه الدين والوكيل لا يعلم بذلك فقبض الوكيل المال فهلك في يده كان لدافع الدين أن يأخذه الموكل ولا ضمان على الوكيل لان يد الوكيل بدنيابة عن الموكل لانه قبضه بامره وقبض النائب كقبض المنوب عنه فكانه قبضه بنفسه بعد ما وهبه منه ولو كان كذلك لرجع عليه فكذا هذا والله عز وجل أعلم

— — — — —

كتاب الصلح

الكلام في كتاب الصلح يقع في مواضع في بيان أنواع الصلح وفي بيان ركن الصلح وفي

بيان شرائط الركن وفي بيان حكم الصلح وفي بيان ما يبطل به عقد الصلح بعد وجوده وفي بيان حكمه اذا بطل أو لم يصح من الاصل (أما) الاول فنقول وبالله التوفيق الصلح في الاصل أنواع ثلاثة صلح عن اقرار المدعى عليه و صلح عن انكاره و صلح عن سكوته من غير اقرار ولا انكار وكل نوع من ذلك لا يخلو ما أن يكون بين المدعى والمدعى عليه وإما أن يكون بين المدعى والاجنبي المتوسط فان كان بين المدعى والمدعى عليه فكل واحد من الانواع الثلاثة مشروع عند أصحابنا وقال ابن أبي ليلى المشروع هو الصلح عن اقرار وسكوت لا غيرهما وقال الشافعي رحمه الله المشروع هو الصلح عن اقرار لا غير (وجه) قول الشافعي رحمه الله ان جواز الصلح يستدعي حقاً ثابتاً ولم يوجد في موضع الانكار والسكوت اما في الانكار فلا لأن الحق لو ثبت فانما يثبت بالدعوى وقد عارضها الانكار فلا يثبت الحق عند التعارض فاما في السكوت فلان الساكت ينزل منكر أحكاماً حتى تسمع عليه البيينة فكان انكاره معارضاً للدعوى المدعى فلم يثبت الحق ولو بذل المال لبذله لدفع خصومة باطلة فكان في معنى الرشوة (ولنا) ظاهر قوله تعالى والصلح خير وصف الله تعالى عز شأنه جنس الصلح بالخيرية ومعلوم ان الباطل لا يوصف بالخيرية فكان كل صلح مشروعاً وبظاهر هذا النص الا ما خص بدليل وعن سيدنا عمر رضي الله عنه أنه قال ردوا الخصوم حتى يصطلحوا فان فصل القضاء يورث بينهم -م الضغائن أمر رضي الله عنه برد الخصوم الى الصلح مطلقاً وكان ذلك بحضور من الحصاة الكرام رضي الله عنهم ولم ينكر عليه أحد فيكون اجماعاً من الصحابة فيكون حجة قاطعة ولان الصلح شرع للحاجة الى قطع الخصومة والمنازعة والحاجة الى قطعها في التحقيق عند الانكار اذا لا اقرار مسألة ومساعدة فكان أولى بالجواز ولهذا قال أبو حنيفة رحمه الله أجوز ما يكون الصلح على الانكار وقال الشيخ أبو منصور الماتريدي السمرقندي رحمه الله ما صنع الشيطان من ايتاع العداوة والبغضاء في بني آدم ما صنع الشافعي رحمه الله في انكاره الصلح على الانكار وقوله ان الحق ليس بثابت قلنا هذا على الاطلاق ممنوع بل الحق ثابت في زعم المدعى وحق الخصومة واليمين ثابتان له شرعاً فكان هذا صلحاً عن حق ثابت فكان مشروعا

﴿ فصل ﴾ وأما ركن الصلح فالإيجاب والقبول وهو أن يقول المدعى عليه صالحتك من كذا على كذا أو من دعواك كذا على كذا أو يقول الآخر قبلت أو رضيت أو ما يدل على قبوله ورضاه فاذا وجد الإيجاب والقبول فقد تم عقد الصلح

﴿ فصل ﴾ وأما شرائط الركن فانواع بعضها يرجع الى المصالح وبعضها يرجع الى المصالح عليه وبعضها يرجع الى المصالح عنه (أما) الذي يرجع الى المصالح فانواع (منها) أن يكون عاقلاً وهذا شرط عام في جميع التصرفات كلها فلا يصح صلح المجنون والصبي الذي لا يعقل لا نعدام أهلية التصرف بانعدام العقل (فاما) البلوغ فليس بشرط حتى يصح صلح الصبي في الجملة وهو الصبي المأذون اذا كان له فيه نفع أو لا يكون له فيه ضرر ظاهر بيان ذلك اذا وجب للصبي المأذون على انسان دين فصالحه على بعض حقه فان لم يكن له عليه بينة جاز الصلح لان عند انعدام البيينة لا حق له الا الخصومة والحلف والمال أفع له منهما وان كان له عليه بينة لا يجوز الصلح لان الخط تبرع وهو لا يملك التبرعات ولو أخر الدين جاز سواء كانت له بينة أو لا فرقاً بينه وبين الصلح لان تأخير الدين من أعمال التجارة والصبي المأذون في التجارات كالبالغ ألا ترى أنه يملك التأجيل في نفس العقد بان يبيع باجل فيملكه متأخراً عن العقد أيضاً بخلاف الخط لانه ليس من التجارة بل هو تبرع فلا يملكه الا أنه يملك حط بعض الثمن لاجل العيب لان حط بعض الثمن للعيب قد يكون أنفع من أخذ المبيع المعيب فكان ذلك من باب التجارة فيملكه ولو صالح الصبي المأذون من المسلم فيه على رأس المال جاز لان الصلح من المسلم فيه على رأس المال اقالة للعقد والاقالة من باب التجارة وكذلك لو اشترى سلعة وظهر بها عيب فصالح البائع على أن قبلها جاز لان الثمن أنفع من المبيع المعيب عادة ولو صالحه البائع فخط عنه بعض الثمن لا شك فيه أنه يجوز لان الخط من البائع تبرع منه على الصبي فيصح ولو ادعى انسان

عليه ديناً فاقرب به فصالحه على ان حط عنه البعض جاز لان اقرار الصبي المأذون بالدين صحيح فكان الصلح تبرعاً على الصبي بحط بعض الحق الواجب عليه والصبي من أهل أن يتبرع عليه فيصيح وكذلك حرية المصالح ليست بشرط لصحة الصلح حتى يصح صلح العبد المأذون اذا كان له فيه منفعة أو كان من التجارة الا أنه لا يملك الصلح على حط بعض الحق اذا كان له عليه بينة ويملك التأجيل كيف ما كان ويملك حط بعض الثمن لاجل العيب لما قلنا ولو صالحه البائع على حط بعض الثمن جاز لما ذكرنا في الصبي المأذون وكذلك لو ادعى على انسان ديناً وهو مأذون فأقرب به ثم صالحه على أن حط بعضه جاز لان اقرار العبد المأذون بالدين صحيح فكان الحط من المدعى تبرعاً على العبد ببعض الدين فيصيح ولو حجر عليه المولى ثم ادعى انسان عليه ديناً فأقرب به وهو محجور ثم صالحه عنه على مال ضمنه باقراره فان لم يكن في يده مال لا ينفذ الصلح لان اقرار المحجور لا ينفذ اذ الم يكن في يده مال واذا لم ينفذ ينفذ الصلح فلا يطالب به للحال ولكن يطالب به بعد العتق لان اقراره من نفسه صحيح لصدوره من أهله الا أنه اذا لم يظهر في حق المولى للحال لما منع وهو حق المولى فاذا عتق زال المانع فيظهر حينئذ وأما اذا كان في يده مال فيجوز اقراره عند أبي حنيفة وعندهما لا يجوز (وجه) قولهما ان هذا اقرار المحجور لبطلان الاذن بالحجر واقرار المحجور غير صحيح (وجه) قول أبي حنيفة ان اقرار المحجور اذا كان في يده مال صحيح لان العبد المحجور من أهل الاقرار وانما المانع من ظهوره حق المولى فاذا كانت يده ثابتة على هذا المال منع ظهوره حق المولى لانه لا يمكن أن يكون صادقا في اقراره فيمنع ظهوره حق المولى فيه ويحتمل أن يكون كاذباً فلا يظهر فلا تبطل يده الثابتة عليه بالشك بخلاف ما اذا لم يكن في يده مال لان يد المولى ثابتة حقيقة والاقرار في نفسه محتمل فلا يوجب بطلان يده الثابتة حقيقة مع الشك والاحتمال وكذلك المكاتب نظير العبد المأذون في جميع ما ذكرنا لانه عبد ما بقي عليه درهم على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم فان عجز المكاتب فادعى رجل عليه ديناً فاصطلح على أن يأخذ بعضه ويؤخر بعضه فان لم يكن له عليه بينة لا يجوز لانه لما عجز فقد صار محجوراً عن التصرف فلا يصح صلحه وان كانت له عليه بينة جاز لانه وان عجز فالخصم في دينه هو فيملك التصرف فيها لحط البعض بالصلح (ومنها) أن لا يكون المصالح بالصلح على الصغير مضراً به مضرة ظاهرة حتى ان من ادعى على صبي ديناً فصالح أب الوصي من دعواه على مال الصبي الصغير فان كان للمدعى بينة وما أعطى من المال مثل الحق المدعى أو زيادة يتغابن في مثلها فالصلح جائز لان الصلح في هذه الصورة لمعنى المعاوضة لا مكان الوصول الى كل الحق بالبينة والاب يملك المعاوضة من مال الصغير بالغين والسير وان لم تكن له بينة لا يجوز لان عند انعدام البينة يقع الصلح تبرعاً على الصغير وانه ضرر محض فلا يملكه الاب ولو صالح من مال نفسه جاز لانه ما أضر بالصغير بل نفعه حيث قطع الخصومة عنه ولو ادعى أب الصغير على انسان ديناً للصغير فصالح على أن حط بعضه واخذ الباقي فان كان له عليه بينة لا يجوز لان الحط منه تبرع من ماله وهو لا يملك ذلك وان صالحه على مثل قيمة ذلك الشيء أو نقص منه شيئاً يسيراً جاز لان الصلح في هذه الصورة بمعنى البيع وهو يملك البيع فيملك الصلح وهل يملك الاب الحط من دين وجب للصغير والابراء عنه هذا لا يخلو من أحد وجهين (اما) ان كان ولي ذلك العقد بنفسه (واما) ان لم يكن وليه فان لم يكن وليه لا يجوز بالاجماع لان الحط والابراء من باب التبرع والاب لا يملك التبرع لكونه مضرة محضة وان كان وليه بنفسه يجوز عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف لا يجوز وهذا على اختلافهم في الوكيل بالبيع اذا أبرأ المشتري عن الثمن أو حط بعضه وقد ذكرناه في كتاب الوكالة ولا يجوز صلح أحد على حمل أب كان المصالح أو غيره وان خرج حياً بعد ذلك وورث وجازت الوصايا لانه لو صح عليه لكان لا يخلو اما أن يصح على اعتبار الحال واما أن يصح على اعتبار الانفصال لا سبيل الى الاول لان الصلح عليه من باب تنفيذ الولاية وهو للحال لا يوصف بكونه مولى عليه ولا سبيل الى الثاني لان الصلح لا يحتمل الاضافة الى الوقت ويملك الاب استيفاء القصاص في النفس ومادونها ولا يملك الوصي استيفاء القصاص في النفس والفرق ان استيفاء القصاص تصرف

على نفس الصغير بالا حياء وتحصيل التشفي قال الله تعالى عز شأنه ولكم في القصاص حياة وكذا منفعة التشفي راجعة الى نفسه وللأب ولاية على نفس الصغير ولا ولاية للوصي عليها ولهذا ملك انكاحه دون الوصي إلا أنه يملك القصاص فيما دون النفس لأن ما دون النفس يسلك به مسلك الاموال اشبهه بالاموال ألا ترى ان القصاص لا يجري بين طرف الحر والعبد ولا بين طرف الذكر والانثى مع جريان القصاص بينهم في النفس ويستوفى القصاص فيما دون النفس في الحر كما يستوفى في سائر الحقوق المالية فيه ولا يستوفى القصاص في النفس فيه ويقضى بالنكول في الأطراف كما يقضى به في الاموال عند أبي حنيفة ولا يقضى به في النفس وله ولاية التصرف في الحال والمال فيلبي التصرف فيما دون النفس ويملك الأب الصلح عن القصاص في النفس وما دونه لأنه لما ملك الاستيفاء فلا يملك الصلح أولى لأنه أنفع من الاستيفاء وكذا الوصي يملك الصلح عن القصاص فيما دون النفس لأنه يملك الاستيفاء فيما دون النفس فكذا الصلح عنه لأنه أنفع وهل يملك الصلح عن القصاص في النفس ذكر في كتاب الصلح انه لا يملك وذكر في الجامع الصغير انه يملك وكذا روى القدوري رحمه الله فعلى رواية الجامع يحتاج الى الفرق بين الاستيفاء وبين الصلح (ووجه) الفرق بينهما ظاهر لما ذكرنا أن القصاص تصرف في النفس بتحصيل الحياة والتشفي ولا ولاية له على نفسه فلا يملك الاستيفاء فأما الصلح فتصرف في المال وله ولاية التصرف في المال وأنه فرق واضح (وجه) رواية الصلح أن الصلح اعتياض عن القصاص فإذا لم يملك القصاص فكيف يملك الاعتياض عنه ولو صالح الأب أو الوصي على أقل من الدية في الخطأ وشبه العمد لا يجوز لأن الخطأ تبرع وهما لا يملكان التبرع بمال اليتيم والخطأ القليل والكثير سواء بخلاف الغبن اليسير في البيع انهما يملكانه والفرق أن الخطأ نقصان متحقق لأن الدية مقدرة بمقدار معلوم فالتقصان عنه متحقق وان قل والنقصان في البيع غير متحقق لأن العوض فيه غير مقدر لاختلافه بتقويم المقومين فإذا لم يتقدر العوض لا يتحقق النقضان (ومنها) أن يكون المصالح عن الصغير ممن يملك التصرف في ماله كالأب والجد والوصي لأن الصلح تصرف في المال فيختص بمن يملك التصرف فيه (ومنها) أن لا يكون مرتدا عند أبي حنيفة وعندهما صلحه نافذ بناء على أن تصرفات المرتد موقوفة عنده وعندهما نافذة لكن عند محمد نقاذ تصرف المريض وعند أبي يوسف نقاذ تصرف من عليه القصاص في النفس والمسئلة تعرف في موضعها ان شاء الله تعالى وأما المرتدة فصلحها جائز بلا خلاف لأن حكمها حكم الحربية لأنها اذا التحقت بدار الحرب وقضى القاضي بذلك بطل بعضه دون بعض كصلح الحربية لثبوت أحكام أهل الحرب في حقها بالتحقق بدار الحرب

فصل وأما الشرائط التي ترجع الى المصالح عليه فأنواع (منها) أن يكون مالا فلا يصح الصلح على الخمر والميتة والدم وصيد الاحرام والحرم وكل ما ليس بمال لأن في الصلح معنى المعاوضة مالا يصح عوضا في البياعات لا يصح بدل الصلح وكذا اذا صالح على عبد فاذا هو حر لا يصح الصلح لأنه تبين أن الصلح لم يصادف محله وسواء كان المال عينا أو ديناً أو منفعة ليست بعين ولا دين لأن العوض في المعاوضات المطلقة قد يكون عينا وقد يكون ديناً وقد يكون منفعة الا انه يشترط القبض في بعض الاعراض في بعض الاحوال دون بعض وجملة الكلام فيه أن المدعى لا يخلو من أحد وجوه (أما) أن يكون عينا وهو ما يحتمل التعيين مطلقا جنسا ونوعا وقدرا وصفة واستحقاقا كالعروض من الثياب والعقار من الارضين والدور والحيوان من العبيد والدواب والمكيل من الخنطة والشعير والموزون من الصفر والحديد (وأما) أن يكون ديناً وهو ما لا يحتمل التعيين من الدراهم والدنانير والمكيل الموصوف في الذمة والموزون الموصوف سوى الدراهم والدنانير والثياب الموصوفة والحيوان الموصوف (وأما) أن يكون منفعة (وأما) أن يكون حقاً ليس بعين ولا دين ولا منفعة وبدل الصلح لا يخلو من أن يكون عينا أو ديناً أو منفعة والصلح لا يخلو من أن يكون عن اقرار المدعى عليه أو عن انكاره أو عن سكوته فان كان المدعى عينا فصالح منها عن اقرار يجوز سواء كان بدل الصلح عينا أو ديناً بعد أن كان معلوم القدر والصفة الا الحيوان والا ثياب الا بجميع شرائط

السلم لان هذا الصالح من الجانبين جميعا في معنى البيع فكان بدل الصلح في معنى الثمن وهذه الاشياء تصلح ثمناف البياعات عينا كانت أودينا الا الحيوان لانه يثبت ديناف الذمة بدلا عما هو مال أصلا والثياب لا تثبت ديناف الذمة الا بشرائط السلم من بيان القدر والوصف والاجل والمسكيل والموزون يثبتان في الذمة مطلقا في المعاوضة المطلقة من غير أجل ولا يشترط قبضه في المجلس لانه ليس بصرف ولا في ترك قبضه افتراق عن دين بدين بل هو افتراق عن عين بعين أو عين بدين وكل ذلك جائز وان كان دينافان كان دراهم أودنا نير فصالح منها لا يخلو من أحد وجهين (اما) ان صالح منها على خلاف جنسها أو على جنسها فان صالح منها على خلاف جنسها فان صالح منها على عين جائز لان الصلح عليها في معنى بيع الدين بالعين وانه جائز ولا يشترط القبض وان صالح منها على دين سواء لا يجوز لانه بائع ما ليس عنده لان الدراهم والدنانير أثمان أبدا وما وقع عليه الصلح مبيع فالصلح في هذه الصورة يقع بيع ما ليس عند البائع وانه منهى عنه وان صالح منها على جنسها فان صالح من دراهم على دراهم فهذا لا يخلو من ثلاثة أوجه (اما) ان صالح على مثل حقه (واما) ان صالح على أقل من حقه (واما) ان صالح على أكثر من حقه فان صالح على مثل حقه قدر او وصفا بان صالح من ألف جياذ على ألف جياذ فلا شك في جوازه ولا يشترط القبض لان هذا استيفاء عين حقه أصلا ووصفا لو صالح على أقل من حقه قدر او وصفا بان صالح من ألف الجياذ على خمسمائة نهرجة يجوز أيضا ويحمل على استيفاء بعض عين الحق أصلا والبراء عن الباقي أصلا ووصفا لان أمور المسلمين محمولة على الصلاح والسداد ما أمكن ولو حمل على المعاوضة يؤدي الى البر بالانه يصير بائعا ألفا بخمسمائة وانه ربا فيحصل على استيفاء بعض الحق والبراء عن الباقي ولا يشترط القبض ويجوز مؤجلا لان جوازه ليس بطريق المعاوضة ليكون صرفا وكذلك ان صالح على أقل من حقه ووصفا لا قدر بان صالح من ألف جياذ على ألف نهرجة أو صالح على أقل من حقه قدر لا وصفا بان صالح من ألف جياذ على خمسمائة جيدة يجوز ويحمل على استيفاء البعض والخط والبراء والتجوز بدون الحق أصلا ووصفا يجوز من غير قبض ومؤجلا ولو صالح على أكثر من حقه قدر او وصفا بان صالح من ألف نهرجة على ألف وخمسمائة جيدة أو صالح على أكثر من حقه قدر لا وصفا بان صالح من ألف جياذ على ألف وخمسمائة نهرجة لا يجوز لأن نهر بالانه يحمله على المعاوضة هنالتعذر حمله على استيفاء البعض واسقاط الباقي وان صالح على أكثر من حقه ووصفا لا قدر بان صالح من ألف نهرجة على ألف جياذ جاز ويشترط الحلول أو التقابض حتى لو كان الصلح مؤجلا ان لم يقبض في المجلس يبطل لانه صرف (وأما) اذا صالح على أكثر من حقه ووصفا أو أقل منه قدر بان صالح من ألف نهرجة على خمسمائة جياذ لا يجوز عند أبي حنيفة ومحمد وهو قول أبي يوسف الآخر وكان يقول أو لا يجوز ثم رجع (وجه) قوله الاول ان هذا حط بعض حقه وهو خمسمائة نهرجة فيبقى عليه خمسمائة نهرجة الا أنه أحسن في القضاء بخمسمائة جيدة فلا يمنع عنه حتى انه لو امتنع لا يكون عليه الا خمسمائة نهرجة (وجه) ظاهر الرواية ان الصلح من ألف النهرجة على الخمسمائة الجيدة اعتياض عن صفة الجودة وهذا لا يجوز لان الجودة في الاموال الربوية لا قيمة لها عند مقابلتها بجنسها لقوله عليه الصلاة والسلام جيدها ورديها سواء فلا يصح الاعتياض عنها لسقوط قيمتها شرعا والساقط شرعا والعدم الاصل سواء ولان الصلح على هذا الوجه لا يخلو اما أن يجعل استيفاء عين الحق أو يجعل معاوضة لا سبيل الى الاول لان حقه في الردى لا في الجيد فيحمل على المعاوضة فيصير بائعا ألف نهرجة بخمسمائة جيدة فيكون ربا وكذلك حكم الدنانير والصلح منها على دنانير كحكم الدراهم في جميع ما ذكرنا ولو صالح من دراهم على دنانير أو من دنانير على دراهم جاز ويشترط القبض في المجلس لانه صرف ولو ادعى ألف درهم ومائة دينار فصالحه على مائة درهم الى شهر جاز وطريق جوازه بان يجعل حطالا معاوضة لانه لو جعل معاوضة لبطل لانه يصير بعض المائة عوضا عن الدنانير والبعض عوضا عن الدراهم فيصير بائعا تسعمائة بخمسين فيكون ربا وأمور المسلمين محمولة على الصلاح والسداد ما أمكن وأمكن أن يجعل حطالا لدنانير أصلا وبعض الدراهم

وذلك تسعاً وثلاثين البعض وذلك مائة الى شهر وكذلك لو كان عليه ألف درهم وكر فصالحه على مائة جاز وطريق جوازه أن يجعل حطاً واسقاطاً للكر لا معاوضة لان استبدال المسلم فيه لا يجوز ولو كان المالا ن عليه رجلين لاحدهما درهم والاخر دينار فصالحه على مائة درهم جاز وطريق جوازه أن يعتبر معاوضة في حق أحدهما وحطاً واسقاطاً في حق الآخر وذلك أن يقسم بدل الصلح على قدر قيمة دينيهما من الدراهم والدينارين فالقدر الذي أصاب الدينارين يكون عوضاً عنها فيكون صرفاً فإيراعى فيه شرائط الصرف فيشترط القبض في المجلس والقدر الذي أصاب الدرهم لا يجوز أن يجعل عوضاً لانه يؤدي الى الرابح فيجعل الصلح في حقه استيفاء لبعض الحق وإبراء عن الباقي والاصل أن الصلح متى وقع على أقل من جنس حقه من الدراهم والدينارين يعتبر استيفاء لبعض الحق وإبراء عن الباقي ومتى وقع على أكثر من جنس حقه منها أو وقع على جنس آخر من الدين والعين يعتبر معاوضة لانه لا يمكن حمله على استيفاء عين الحق وإبراء عن الباقي لان استيفاء عين الحق من جنسه يكون ولم يوجد فيعتبر معاوضة فما جازت به المعاضات يجوز هذا وما فسدت به تلك يفسد به هذا وقد ذكرنا بعض مسائل هذا الاصل وعلى هذا اذا صالح من ألف حالة على ألف مؤجلة جاز ويعتبر حطاً للحلول وتأجيلاً للدين وتجاوزاً بدون من حقه لا معاوضة ولو صالح من ألف حالة على خمسمائة قد ذكرنا انه يجوز ويعتبر استيفاء لبعض حقه وإبراء عن الباقي وأما اذا صالح على خمسمائة أن يعطيها اياه فهذا لا يخلو من أحد وجهين (أما) ان وقت لاداء الخمسمائة وقتاً (وأما) ان لم يوقت فان لم يوقت فالصلح جائز ويكون حطاً للخمسمائة لان هذا الشرط لا يفيد شيئاً يمكن من قبل ألا ترى انه لو لم يذكر لزمه الا عطاء فكان ذكره والسكوت عنه بمنزلة واحدة وكذلك الخط على هذا بان قال للغير يحططت عنك خمسمائة على أن تعطيني خمسمائة لآيتنا وان وقت بان قال صالحتك على خمسمائة على أن تعطيني اليوم أو على أن تعجلها اليوم فاما ان اقتصر على هذا القدر ولم ينص على شرط العدم واما ان نص عليه فقال فان لم تعطني اليوم أو ان لم تعجل اليوم أو على أن تعجلها اليوم فالألف عليك فان نص عليه فان أعطاه وعجلت في اليوم فالصلح ماض وبرى عن خمسمائة وان لم يعطه حتى مضى اليوم فالألف عليه بلا خلاف وكذلك الخط على هذا (وأما) اذا اقتصر عليه ولم ينص على شرط العدم فان أعطاه في اليوم برى عن خمسمائة بالاجماع وأما اذا لم يعطه حتى مضى اليوم بطل الصلح والألف عليه عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف الصلح ماض وعليه خمسمائة فقط (وجه) قوله ان شرط التعجيل ما أفاده شيئاً يمكن من قبل لان التعجيل كان واجباً عليه بحكم العقد فكان ذكره والسكوت عنه بمنزلة واحدة ولو سكت عنه لكان الامر على ما وصفنا فكذلك هذا بخلاف ما اذا قال فان لم تفعل فكذلك الان التنصيص على عدم الشرط نفى للمشروط عند عدمه فكان مفيداً (وجه) قولهما أن شرط التعجيل في هذه الصورة شرط انقضاء العقد عند عدمه بدلالة حال تصرف العاقل لان العاقل يقصد بتصرفه الافادة دون اللغو واللعب والعبث ولو حمل المذكور على ظاهر شرط التعجيل للعاقل لان التعجيل ثابت بدونه فيجعل ذكر شرط التعجيل ظاهراً شرطاً لا نقساح العقد عند عدم التعجيل فصار كانه نص على هذا الشرط فقال فان لم تعجل فلا صلح بيننا ولو كان كذلك لكان الامر على ما نص عليه فكذلك هذا وتبين بهذا أن هذا تعليق القسح بالشرط لا تعليق العقد كما ادّعى بألف على أن ينقذ الثمن الى ثلاثة أيام فان لم ينقذه فلا بيع بينهما وذلك جائز لدخول الشرط على القسح لا على العقد فكذلك هذا وكذلك لو أخذ منه كفيلاً وشرط على الكفيل أنه ان لم يوفه خمسمائة الى رأس الشهر فعليه كل المال وهو الألف فهو جائز والألف لازمة للكفيل ان لم يوفه لانه جعل عدم ايفاء الخمسمائة الى رأس الشهر شرطاً للكفالة بألف فاذا وجد الشرط ثبت المشروط ولو ضمن الكفيل الألف ثم قال حططت عنك خمسمائة على أن توفي رأس الشهر خمسمائة فان لم تفعل فالألف عليك فهذا أوثق من الباب الاول لان هذا هنا علق الخط بشرط التعجيل وهو ايفاء الخمسمائة رأس الشهر وجعل عدم هذا الشرط شرطاً لا نقساح الخط وفي الباب الاول جعل عدم التعجيل شرطاً للعقد وهو الكفالة بالألف والقسح للشرط أقبل من العقد لذلك كان الثاني

أوثق من الاول وكذلك لو جعل المال نجو ما بكفيل أو بغير كفيل وشرط أنه ان لم يوفه كل نجم عند محله فالمال حال عليه فهو جائز على ما شرط لانه جعل الاخلال بنجم شرط للحلول كل المال عليه وأنه صحيح ولو كان له عليه ألف فقال بأدلى من الالف خمسمائة غدا على أنك برى من الباقي فان أدى اليه خمسمائة غدا يبرأ من الباقي اجماعا وان لم يؤد فعليه الالف عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف ليس عليه الا خمسمائة وقد مرّت المسئلة ولو قال ان أدبت الى خمسمائة فانت برى من الباقي أو قال متى أدبت فادى اليه خمسمائة لا يبرى عن الخمسمائة الباقية حتى يبرئه وكذلك اذا قال لمكاتبه ذلك فادى خمسمائة لا يبرأ عن الباقي حتى يبرئه لان هذا تعليق البراءة بالشرط وانه باطل بخلاف ما اذا كان بلفظ الصلح أو الخط أو الاصر لان ذلك ليس تعليق البراءة بالشرط على ما مر ولو قال لمكاتبه ان ادبت الى خمسمائة فانت حر فادى خمسمائة عتق لان هذا تعليق العتق بالشرط وذلك في حق المكاتب صحيح ولو كان له على انسان ألف مؤجلة فصالح منها فهذا لا يخلو من أحد وجهين اما ان صالح منها على أقل من حقه أو على تمام حقه وكل ذلك لا يخلو من ان يشترط التعجيل أو لم يشترط فان صالح على أقل من حقه قدر أو ووصفاً أو قدر أو ووصفاً ولم يشترط التعجيل لما وقع عليه الصلح جازو يكون حطاً ويجوز بدون حقه وله ان يأخذ الباقي بعد حل الاجل وان شرط التعجيل فالصلح باطل برؤ عليه رد ما قبض والرجوع برأس ماله بعد حل الاجل لان فيه معاوضة الاجل وهو التعجيل بالخط وهذا لا يجوز لان الاجل ليس بمال وان صالح على تمام حقه جاز وان شرط التعجيل فان صالح من ألف مؤجلة على ألف معجلة لكن بشرط القبض قبل الافتراق عن المجلس وكذلك حكم الدنانير على هذا ولو كان الواجب عليه قيمة المستهلك فان كان المستهلك من ذوات القيمة فصالح فان صالح على الدراهم والدنانير حالة أو مؤجلة جاز الصلح لان الواجب في ذمته قبل التلف صورة ومعنى كذا الاستهلاك تحقيقا للمائة المعلقة ثم يملكه بأداء الضمان فاذا صالح كان هذا الصلح على عين حقه فيجوز على أى وصف كان وان صالح على غير الدراهم والدنانير ان كان عيناً جاز ولا يشترط القبض وان كان ديناً موصوفاً يجوز أيضاً لكن القبض في المجلس شرط ولو كان الواجب عليه مثل المستهلك فان كان من ذوات الامثال كالمكيل والموزون الذى ليس في تبعيضه ضرر فحكم الصلح فيه كحكم الصلح في كراخطة فنقول والله التوفيق اذا كان المدعى ديناً سوى الدراهم والدنانير فان كان مكايلاً ان كان كراخطة مثلاً فصالح منه لا يخلو من أحد وجهين (اما) ان صالح على جنسه أو على خلاف جنسه فان صالح على جنسه لا يخلو من ثلاثة أوجه (اما) ان صالح على مثل حقه (واما) على أقل منه (واما) ان صالح على أكثر منه فان صالح على مثل حقه قدر أو وصفاً جاز ولا يشترط القبض لانه استوفى عين حقه وان صالح على أقل من حقه قدر أو وصفاً جاز ويكون حطاً لمعاوضة لما ذكرنا في الدراهم ولا يشترط القبض ويكون مؤجلاً وان صالح على أقل من حقه وصفاً لا قدر جاز أيضاً ويكون استيفاء لعين حقه أصلاً وبراءة عن الصفة فلا يشترط القبض ويجوز حتى لا يبطل بالتأجيل أو تركه ويعتبر رضا بدون حقه ولو صالح على أكثر من حقه قدر أو وصفاً أو قدر أو وصفاً لا يجوز لانه ربا وان صالح على أكثر منه وصفاً لا قدر ان صالح من كره ردى على كرجيد جاز ويعتبر معاوضة احترازاً عن الافتراق عن دين بدين ولو صالح منه على كرم مؤجل جاز لانه حط حقه في الحلول ورضى بدون حقه كافي الدراهم والدنانير هذا اذا كان أكثر الدين حالاً فان كان مؤجلاً فصالح على بعض حقه أو على تمام حقه فهو على التفصيل الذى ذكرنا في الصلح من الالف المؤجلة من غير تفاوت هذا اذا صالح من السكر على جنسه فان صالح على خلاف جنس حقه فان كان السكر الذى عليه سلباً لا يجوز بحال لان الصلح على خلاف جنس المسلم فيه يكون معاوضة وفيه استبدال المسلم فيه قبل قبضه الا أن يكون الصلح منه على رأس المال يجوز لان الصلح من المسلم فيه على رأس المال يكون اقالة للسلم وفسخاً له وذلك جائز وان لم يكن سلباً فصالح على خلاف جنس حقه فان كان ذلك من الدراهم والدنانير جاز ويشترط القبض وان كان معيناً مشار اليه لانه لا يتعين بالتعيين فكان ترك قبضه افتراقاً عن دين بدين وان كان ذلك من المكيلات

وهو عين جاز ولا يشترط القبض وان كان موصوفا في الذمة جاز أيضا فرق بين هذا وبين ما اذا كان عليه دراهم أو دنائير فصالح منها على مكيل أو موزون موصوف في الذمة انه لا يجوز لان ذلك مبيع ألا ترى انه قوبل بالاثمان والمبيع ما يقابل بالثمن وهذا لا يقابل بالثمن فلا يكون مبيعا إلا انه لا بد من القبض في المجاس احتراز من الافتراق عن دين بدين وان كان من العروض والحيوان فان كان عيناً جاز وان كان ديناً يجوز في الثياب الموصوفة اذا أتى بشرائط السلم لكن القبض في المجاس شرط احتراز عن الافتراق عن دين بدين ولا يجوز في الحيوان الموصوف بحال لانه لا يثبت ديناً في الذمة بدلا عما هو مال وكذلك اذا كان المدعى موزوناً ديناً موصوفا في الذمة فصالح منه على جنسه أو على خلاف جنسه الى آخر ما ذكرنا في المكيل الموصوف هذا اذا كان المدعى مكيلاً أو موزوناً ديناً موصوفا في الذمة فان كان ثوب السلم فصالح منه فهذا لا يخلو من أحد وجهين (اما) ان صالح منه على جنسه واما ان صالح منه على خلاف جنسه فان صالح على جنسه فهو على ثلاثة أوجه (اما) ان صالح على مثل حقه أو أكثر منه أو أقل فان صالح على مثل حقه قدرا ووصفا فان صالح من ثوب هر وى جيد على ثوب هر وى جيد جاز ولا يشترط القبض لانه استوفى عين حقه وكذلك ان صالح على أقل من حقه قدرا ووصفا أو وصفا لا قدرا يجوز ويكون هذا استيفاء لبعض عين حقه وخطأ للباقي وبراء عنه أصلا ووصفا وبراء عن المسلم فيه صحيح لان قبضه ليس بواجب وان صالح على أقل من حقه قدرا لا وصفا بان صالح من ثوب ردى على نصف ثوب جيد جاز بخلاف الدراهم والدنانير والمكيل والموزون الموصوفين بان صالح من ألف نهر جرة على خمسمائة جياة أو صالح من كر ردى على نصف كر جيد أو صالح من من حديد ردى على نصف من جيد انه لا يجوز والفرق ان المانع من الجواز هو الاعتياض عن الجودة هنا جاز لان الجودة في غير الاموال الربوية عند مقابلة ما يجنسها لها قيمة بخلاف الاموال الربوية وهذا لان الاصل ان تكون الجودة متقومة في الاموال كلها لانها صفة مرغوبة تبذل العوض في مقابلتها الا ان الشرع أسقط اعتبارها في الاموال الربوية نعبدا بقوله جيدها ووردتها سواء بقيت متقومة في غيرها على الاصل فيصح الاعتياض عنها وان صالح على أكثر من حقه قدرا ووصفا بان صالح من ثوب هر وى جيد على ثوب بين هر وىين جيد يجوز لكن يشترط القبض لان جوازه بطريق المعاوضة والجنس باقراده بحرم النساء فلا بد من القبض لئلا يؤدى الى الربا وكذلك ان صالح على أكثر من حقه قدرا لا وصفا بان صالح عن ثوب هر وى جيد على ثوب بين هر وىين رديين جاز والقبض شرط لما ذكرنا ولو صالح على أكثر من حقه وصفا لا قدرا بان صالح من ثوب ردى على ثوب جيد جاز لانه معاوضة اذ لا يمكن حمله على استيفاء عين الحق لان الزيادة غير مستحقة له فيحمل على المعاوضة ويشترط القبض لئلا يؤدى الى الربا وان صالح على خلاف جنس حقه كائنا ما كان لا يجوز ديناً كان أو عيناً لان فيه استبدال المسلم فيه قبل القبض وانه لا يجوز الا على رأس مال السلم لان الصلح عليه يكون اقالة وفسخا لا استبدالاً وان كان المدعى حيواناً موصوفا في الذمة في قتل الخطأ أو شبه العمد فصالح فنقول الجملة فيه ان هذا في الاصل لا يخلو من وجهين (اما) ان صالح على ما هو مقرر في باب الدية في الجملة (واما) ان صالح على ما ليس بمقرر في الباب أصلا وكل ذلك لا يخلو اما ان صالح قبل تعيين القاضى نوعا من انواع المقر وضة أو بعد تعيينه نوعا منها فان صالح على المقر ووض قبل تعيين القاضى بان صالح على عشرة آلاف درهم أو على ألف دينار أو على مائة من الابل أو على مائة بقرة أو على ألفي شاة أو على مائتي حلة جاز الصلح وهو في الحقيقة تعيين منها للواجب من أحد الانواع المقر وضة بمنزلة تعيين القاضى فيجوز ويكون استيفاء لعين حقه الواجب عند اختياره ذلك فعلا برضا القاتل وكذلك اذا صالح على أقل من المقر ووض يكون استيفاء لبعض عين الحق وبراء عن الباقي وان صالح على أكثر من المقر ووض لا يجوز لانه ربا ولو صالح بعد ما عين القاضى نوعا منها فان صالح على جنس حقه المعين جاز اذا كان مثله أو أقل منه وان كان أكثر لا يجوز لانه ربا وان صالح على خلاف الجنس المعين فان كان من جنس المقر ووض في الجملة بان عين القاضى مائة من الابل فصالح على مائة من البقر أو أكثر

جاز وتكون معاوضة لان الابل تعينت واجبة بتعيين القاضى فلم يبق غيره واجبا فكانت البقر بدلا عن الواجب في الذمة فكانت معاوضة ولا بد من القبض احترازا عن الافتراق عن دين بدين وكذلك اذا كان من خلاف جنس المقر وض بأن صالح على مكيل أو موزون سوى الدراهم والدنانير جاز ويكون معاوضة ويشترط التقابض لما قلنا ولو صالح على قيمة الابل أو أكثر مما يتغابن الناس فيه جاز لان قيمة الابل درهم ودنانير وانها ليست من جنس الابل فكان الصلح عليهما معاوضة فيجوز قل أو أكثر ولا يشترط القبض وكذلك اذا صالح من الابل على دراهم في الذمة وافتراق من غير قبض جاز وان كان هذا افتراقا عن دين بدين لان هذا المعنى ليس بمعاوضة بل هو استيفاء عين حقه لان الحيوان الواجب في الذمة وان كان ديناً لكنه ليس بدين لازم الاترى ان من عليه اذا جاء بقيمة يغير من له على القبول بخلاف سائر الديون فلا يكون افتراقا عن دين بدين حقيقة هذا اذا قضى القاضى عليه بالابل فان قضى عليه بالدراهم والدنانير فصالح من مكيل أو موزون سوى الدراهم والدنانير أو بقر ليس عنده لا يجوز لان ما يقابل هذه الاشياء دراهم أو دنانير وانها آثمان فتتمين هذه بمبيعة وبيع المبيع الذى ليس بمعين لا يجوز الا بطريق السلم هذا اذا صالح على المقر وض فى باب الدية فاما اذا صالح على ما ليس بمقر وض أصلا كالكيل والموزون سوى الدراهم والدنانير ونحو ذلك مما لا يدخل له فى الفرض قبل تعيين القاضى جاز وان كانت قيمته أكثر من المقر وض لكن القبض فى المجلس شرط لانه معاوضة فيجوز ولا بد من القبض لما قلنا وان كان بعد تعيين القاضى فهو على ما ذكرنا من التفصيل وكذلك حكم الصلح عن انكار المدعى عليه وسكوته بحكم الصلح عن اقراره فى جميع ما وصفنا هذا الذى ذكرنا اذا كان بدل الصلح مالا عيناً أو ديناً فاما اذا كان منفعة بأن صالح على خدمة عبد بعينه أو ركوب دابة بعينها أو على زراعة أرض أو سكنى دار وقتاً معلوماً جاز الصلح ويكون فى معنى الاجارة سواء كان الصلح عن اقرار المدعى عليه أو عن انكاره أو عن سكوته لان الاجارة تملك المنفعة بموض وقد وجد اما فى موضع الاقرار فظاهر لان بدل الصلح عوض عن المدعى وكذا فى موضع الانكار فى جانب المدعى وفى جانب المدعى عليه هو عوض عن الخصومة واليمين وكذا فى السكوت لان الساكت منكر حكماً سواء كان المدعى عيناً أو ديناً لكن تملك المنفعة قد يكون بالعين وقد يكون بالدين كما فى سائر الاجارات وان كان المدعى منفعة فان كانت المنفعتان من جنسين مختلفين كما اذا صالح من سكنى دار على خدمة عبد يجوز بالاجماع وان كانتا من جنس واحد لا يجوز عندنا وأصل المسئلة فى كتاب الاجارات واذا اعتبر الصلح على المنافع اجارة يصح بما تصح به الاجارات ويفسد بما تفسد به ولصاحب العبد أن يعتقه لان صحة الاعتاق يقف على قيام ملك الرقبة وانه قائم فاشبه اعتاق المستأجر والمرهون وليس له أن يبيعه لان جواز البيع بعد ملك اليد ولم يوجد فلا يجوز بيعه كالعبد المستأجر والمرهون وله أن يؤجره من غيره لان منفعته صارت مملوكة له بالصلح فان شاء استوفاه بنفسه وان شاء ملكها من غيره كالعبد المستأجر وله أن يؤجره من المدعى عليه فى مدة الصلح عند أبي يوسف ولا يبطل الصلح كالأجره من غيره وعند محمد لا يجوز ويبطل الصلح كالأجره من المؤجر فى مدة الاجارة وانه لا يجوز بالاجماع وتبطل الاجارة الاولى ولا يجب على المستأجر شئ من الاجارة كذا هذا وله أن يسافر به وذكروا فى الاجارة ان من استأجر عبد للخدمة لم يكن له أن يسافر به للتفاوت بين خدمتى السفر والحضر والفرق ان المسافر بالعبد المستأجر للخدمة الحاق الضرر بالايجر لان مؤنة الرد فى باب الاجارة عليه ور بما يلزمه برده مؤنة تزيد على الاجرة فيتضرر به فلم يملك المسافر به دفعا للضرر عنه وهذا المعنى ههنا منعدم لان مؤنة الرد لا تلزم صاحب العبد فاشبه العبد الموصى بخدمته والعبد المرهون وهما يملكان المسافر به كذا هذا ولو ادعى على رجل دارا فى يده فانكر المدعى عليه فصالحه على أن يسكن المدعى عليه الذى فى يده الدار سنة ثم يدفعها الى المدعى جاز لان المدعى متصرف فى ملك نفسه ببدل المنفعة للمدعى عليه فى زعمه سنة والمدعى عليه متصرف فى ملك نفسه باستيفاء المنفعة لنفسه فى المدة المشروطة فكان كل واحد منهما متصرفا فى ملك نفسه فى زعمه فيجوز ومنها أن يكون متقوما فلا يصح

الصلح على الخمر والخنزير من المسلم لانه ليس بمال متقوم في حقه وكذا اذا صلح على دن من خل فاذا هو خمر لم يصح لانه تبين انه لم يصادف محله ومنها أن يكون مملوكا للصلح حتى انه اذا صلح على مال ثم استحق من يد المذمى لم يصح الصلح لانه تبين انه ليس بمملوك كالصلح فبين ان الصلح لم يصح ومنها أن يكون معلوما لان جهالة البذل تؤدي الى المنازعة فتوجب فساد العقد الا اذا كان شيئا لا يفتقر الى القبض والتسليم كما اذا ادعى رجلان كل واحد منهما على صاحبه حقا ثم تصالحا على ان جعل كل واحد منهما ما ادعاه على صاحبه صلحا مما ادعاه عليه صاحبه يصح الصلح وان كان مجهولا لان جهالة البذل لا تمنع جواز العقد لعينها بل لا فضاها الى المنازعة المانعة من التسليم والتسلم فاذا كان مالا يستغنى عن التسليم والتسلم لا يفرض الى المنازعة فلا يمنع الجواز الا ان الصلح من القصاص في النفس وما دونه تتحمل الجهالة القليلة في البذل كما تتحمل في المهر في باب النكاح والخلع والاعتاق على مال والكتابة لما علم ولو صلح على مسيل أو شرب من نهر لا حق له في رقبته أو على أن يحمل كذا وكذا جذا على هذا الخاطئ وعلى أن يسيل ميزابه في داره أيا ما معلومة لا يجوز لان ما وقع عليه الصلح في هذه المواضع مفتقر الى القبض والتسليم فلم تكن جهالته محتملة لهذا لا يجوز بيعه فلا يصح الصلح عليها والا صل ان كل ما يجوز بيعه وشراؤه يجوز الصلح عليه وما لا فلا

فصل وأما الذي يرجع الى المصالح عنه فأنواع أحدها أن يكون حق العبد لا حق الله عز وجل سواء كان مالا عينا أو ديناً أو حقا ليس بمال عين ولا دين حتى لا يصح الصلح من حد الزنا والسرقة وشرب الخمر بأن أخذ زانيا أو سارقا من غيره أو شارب خمر فصالحه على مال أن لا يرفعه الى ولي الا ماله لانه حق الله تعالى جل شأنه ولا يجوز الصلح من حقوق الله تعالى عز شأنه لان المصالح بالصلح متصرف في حق نفسه اما باستيفاء كل حقه أو باستيفاء البعض واسقاط الباقي أو بالمعاوضة وكل ذلك لا يجوز في غير حقه وكذا اذا صلح من حد القذف بأن قذف رجلا فصالحه على مال على أن يعفو عنه لانه وان كان للعبد فيه حق فالغلب فيه حق الله تعالى والمغلوب ملحق بالعدم شرعا فكان في حكم الحقوق المتحضرة حق الله تعالى عز وجل وانما لا تتحمل الصلح كذا هذا وكذلك لو صلح شاهد ايريد أن يشهد عليه على مال على أن لا يشهد عليه فهو باطل لان الشاهد في اقامة الشهادة محتسب حق الله تعالى عز شأنه قال الله سبحانه وتعالى وأقيموا الشهادة لله والصلح عن حقوق الله عز وجل باطل ويجب عليه رد ما أخذ لانه أخذه بغير حق ولو علم القاضي به أطل شهادته لانه فسق الا أن يحدث توبة فتقبل ويجوز الصلح عن التعزير لانه حق العبد وكذا يصح عن القصاص في النفس وما دونه لان القصاص من حق العبد سواء كان البذل عينا أو ديناً الا اذا كان ديناً يشترط القبض في المجلس احترازاً عن الافتراق عن دين بدني وسواء كان معلوماً أو مجهولاً جهالة غير متفاحشة حتى لو صلح من القصاص على عبد أو ثوب هروى جاز لان الجهالة قلت ببيان النوع لان مطلق العبد يقع على عبد وسط ومطلق الثوب الهروى يقع على الوسط منه فتقل الجهالة فيصح الصلح وله الخيار ان شاء أعطى الوسط من ذلك وان شاء أعطى قيمته كافي النكاح فاما اذا صلح على ثوب أو دابة أو دار لا يجوز لان الثياب والدواب أجناس تحتها أنواع مختلفة وجهالة النوع متفاحشة فتمنع الجواز وكذا جهالة الدور لا خلاف الا ما كن ملحقة بجهالة الثوب والدابة فتمنع الجواز كافي باب النكاح والا صل ان كل جهالة تمنع صحة التسمية في باب النكاح تمنع صحة الصلح من القصاص وما لا فلا لان ما وقع عليه الصلح والمهر كل واحد منهما يجب بدلا عما ليس بمال والجهالة لا تمنع من الصحة لعينها الا ترى ان الشرع ورد بمهر المثل في باب النكاح مع أنه مجهول القدر وانما يمنع منها لا فضاها الى المنازعة ومبنى النكاح والصلح من القصاص على المساحة كالانسان يسامح بنفسه مالا يسامح بماله عادة فلا يكون القليل من الجهالة مفضياً الى المنازعة فلا يمنع من الجواز بخلاف باب البيع لان مبناه على المما كسة والمضايق لكونه معاوضة مال بمال والانسان يضايق بماله مالا يضايق بنفسه فهو الفرق والله عز وجل الموفق واذا لم يصح الصلح لتفاحش جهالة البذل يسقط القصاص وتجب الدية وفي النكاح

يجب مهر المثل إلا أن بينهما فرقا من وجه فانه لو صالح عن القصاص على خمر أو خنزير لا يصح ولا يجب شيء آخر
ولون زوج امرأة على خمر أو خنزير لا تصح التسمية ويجب مهر المثل (وجه) الفرق أن الخمر إذا لم تصلح بدل الصلح
بطلت تسميته وجعل لفظة الصلح كناية عن العفو وذلك جائز لأن العفو الفضل وفي الصلح معنى الفضل
فأمكن جعله كناية عنه وبعد العفو لا يجب شيء آخر فأما لفظ النكاح فلا يحتمل العفو ولو احتمله فالعفو عن حق
الغير لا يصح فيبقى النكاح من غير تسمية فيجب مهر المثل كما إذا سكت عن المهر أصلا فهو الفرق وسواء كان البذل
قدر الدية أو أقل أو أكثر لقوله تعالى فن عفي له من أخيه شيء فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان قوله عز وجل فن عفي
له أي أعطى له كذا روى عن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما وقوله عز شأنه فاتباع بالمعروف أي فليتبّع مصدر
بمعنى الأمر فقد أمر الله تبارك وتعالى الولي بالاتباع بالمعروف إذا أعطى له شيء واسم الشيء يتناول القليل والكثير
فدلّت الآية على جواز الصلح من القصاص على القليل والكثير وهذا بخلاف القتل الخطأ وشبه العمدة إذا صالح
على أكثر من الدية لا يجوز والفرق أن بدل الصلح في باب الخطأ وشبه العمدة عوض عن الدية وإنها مقدرة بمقدار معلوم
لا تزيد عليه فالزيادة على المقدّر تكون ربا فاما بدل الصلح عن القصاص فعوض عن القصاص والصلح ليس من
جنس المال حتى يكون البذل عنه زيادة على المال المقدّر فلا يشقّ الرابح والفرق وأما كون المصالح عنه معلوماً فليس
بشرط لجواز الصلح حتى أن من ادعى على آخر حقا في عين فأقر به المدعى عليه أو أنكر فصالح على مال معلوم جاز لأن
الصلح كما يصح بطريق المعاوضة يصح بطريق الإسقاط ولا يمكن تصحيحه هنا بطريق المعاوضة لجهالة أحد
البدلين فيصح بطريق الإسقاط فلا يؤدي إلى المنازعة المانعة من التسليم والتسلم والقبض لأن الساقط لا يحتمل
ذلك وقد مر أن الجهالة فيما لا يحتمل التسليم والقبض لا تمنع جواز الصلح والثاني أن يكون حق المصالح والثالث أن
يكون حقا ثابتا له في الحل فلا يكون حقا له أولا يكون حقا ثابتا له في الحل لا يجوز الصلح عنه حتى لو أن امرأة طلقها
زوجها ادعت عليه صبيا في يده أنه ابنه منها وجحد الرجل فصالحته عن النسب على شيء فالصلح باطل لأن النسب
حق الصبي لا حقا فلا تملك الاعتياض عن حق غيره هالولان الصلح اما إسقاط أو معاوضة والنسب لا يحتملها ولو
صالح الشفيع من الشفعة التي وجبت له على شيء على أن يسلم الدار للمشتري فالصلح باطل لأنه لاحق للشفيع في الحل
إنما الثابت له حق التملك وهو ليس لمعنى في الحل بل هو عبارة عن الولاية وانها صفة الوالي فلا يحتمل الصلح عنه
بخلاف الصلح عن القصاص لأن هناك الحل يصير مملوكا في حق الاستيفاء فكان الحق ثابتا في الحل فلك الاعتياض
عنه بالصلح فهو الفرق وكذلك الكفيل بالنفس إذا صالح على مال على أن يبرئه من الكفالة فالصلح باطل لأن الثابت
للطالب قبل الكفيل بالنفس حق المطالبة بتسليم نفس المكفول بنفسه وذلك عبارة عن ولاية المطالبة وانها صفة
الوالي فلا يجوز الصلح عنها فأشبه الشفعة وهل تبطل الكفالة في رابتن في رواية لا تبطل لأنه ما رضى بسقوط
حقه إلا بعوض ولم يسلم له فلا يسقط حقه وفي رواية يسقط لأن الإبراء لا تقف صحته على العوض فيصح وإن لم
يسلم العوض فإذا صح أنه إسقاط فالساقط لا يحتمل العود وعلى هذا إذا كان لرجل ظلة على طريق أو كتيف
شارعه أو مزابه فخاصمه رجل وأراد أن يطرحه فصالحه على مال فهذا لا يخلو من وجهين أما أن يكون الطريق نافذا
وأما أن لا يكون نافذا فإذا كان نافذا فخاصمه رجل من المسلمين وأراد طرحه فصالحه على مال فالصلح باطل لأن رقة
الطريق النافذ لا تكون ملكا لأحد من المسلمين وأما لم حق المروروا أنه ليس بحق ثابت في رقة الطريق بل هو عبارة
عن ولاية المروروا أنه صفة المار فلا يجوز الصلح عنه مع ما أنه لا فائدة في هذا الصلح لأنه أن سقط حق هذا الواحد
بالصلح فالباقي حق القلع وكذا لو صالح الثاني مع هذا المتقدم إليه على مال يأخذ من المتقدم إليه الطرح فالصلح باطل
لأن الطرح واجب عليه فأخذ المال عليه يكون رشوة هذا إذا كان الطريق نافذا فأما إذا لم يكن نافذا فصالحه رجل
من أهل الطريق على مال للترك فالصلح جائز لأن رقة الطريق هنا مملوكة لأهل السكة فكان لكل واحد منهم فيها

ملكاً فجاز الصلح عنه وكذا استأط حق كل واحد منهم بالصلح مفيداً لا حبالاً تحصيل رضا الباقي ولا يحتمل ذلك في الوجه الأول لأنهم لا يحصون وكذا الوصلح الثاني مع واحد منهم على مال للترك جاز ويطيب له المال لأن رقة الطريق مملوكة لهم على الشركة فكان لكل واحد منهم فيها نصيب فكان الصلح اعتياضاً عن ملكه فصيح فاما في طريق المسلمين فلا ملك لأحد فيها ولا حق ثابت في المحل فلم يكن الصلح اعتياضاً عن ملك ولا حق ثابت في المحل فبطل وذكر الجصاص أن جواز الصلح في طريق غير نافذ محمول على ما إذا بنى على الطريق فاما إذا شرع إلى الهواء فلا يجوز لأنه اعتياض عن الهواء ولو ادعى على رجل مالا وأنكر المدعى عليه ولا بينة للمدعى فطلب منه اليمين فصالح عن اليمين على أن لا يستحلفه جاز الصلح وبري من اليمين وكذا إذا قال المدعى عليه صالحتك من اليمين التي وجبت لك على أو قال افتديت منك بيمينك بكذا وكذا أصبح الصلح لأن هذا صلح عن حق ثابت للمدعى لأن اليمين حق المدعى قبل المدعى عليه قال عليه الصلاة والسلام في قصة الحضرمي والكندى ألك بينة قال لا قال أذك بيمينه جعل اليمين حق المدعى فكان هذا صلحاً عن حق ثابت شرعاً للمدعى وكذا الملك في المدعى ثابت في زعمه فكان الصلح عن حق ثابت في حقه وفي حق المدعى عليه وهو بدل المال لا سقاط الخصومة والافتداء عن اليمين ولو قال المدعى عليه اشتريت منك اليمين على كذا وقال المدعى بعت منك اليمين على كذا لا يصح فقد خالف الصلح البيع حيث جاز بلفظ الصلح والافتداء ولم يحجز بلفظ البيع والشراء ولو ادعى على رجل أنه عبده فأنكر فصالحه على مائة درهم جاز لأن هذا صلح عن حق ثابت في حق المدعى لأن الرق ثابت في حقه فكان الصلح في حقه اعتاقاً على مال فيصح إلا أن الولاء لا يكون له لا نكار المدعى عليه الرق فان أقام المدعى بعد ذلك بينة لا تقبل إلا في حق اثبات الولاء وكذلك لو صالحه على حيوان في الذمة إلى أجل كان جائزاً لأن الرق ثابت في حق المدعى فكان بدل الصلح بدلاً عن العتق في حقه فأشبهه بدل الكتابة فيجوز على حيوان في الذمة ولو ادعى رجل على امرأة نكاحاً فجحدته فصالحته على مال بذلته حتى يترك الدعوى جاز لأن النكاح حق ثابت في حق المدعى فكان الصلح على حق ثابت فكان في معنى الخلع إذا هو أخذ المال بالضعف وقد وجد فكان جائزاً وفي حقه بدل مال لا سقاط الخصومة وأنه جائز أيضاً للنص ولو ادعت امرأة على رجل نكاحاً فجحد الرجل فصالحها على مال بذلها لا يجوز لأنه لا يخلو أما أن يكون النكاح ثابتاً وألم يكن ثابتاً فان لم يكن ثابتاً كان دفع المال إليها من الرجل في معنى الرشوة وإن كان ثابتاً لا تثبت الفرقة بهذا الصلح لأن العوض في الفرقة تعطيه المرأة لا الزوج فلا يكون المال الذي تأخذه المرأة عوضاً عن شيء فلا يجوز ولو ادعى على إنسان مائة درهم فأنكر المدعى عليه فتصالحا على أنه ان حلف المدعى عليه فهو بريء فالصلح باطل والمدعى على دعواه حتى لو أقام بينة أخذها به لأن قوله على أنه ان حلف المدعى عليه فهو بريء تعليق البراءة بالشرط وأنه باطل لأن في الإبراء معنى التملك والاصل في التملك أن لا يحتمل التعليق بالشرط وإن لم تكن له بينة وأراد استحقاقه فهو على وجهين إن كان ذلك الحلف عند غير القاضي فله أن يستحلفه عند القاضي مرة أخرى لأن تلك اليمين غير معتبرة لأنها غير واجبة ولا تنقطع بها خصومة فلم يكن معتداً بها وإن كان عند القاضي لم يستحلفه ثانياً لأن الحلف عند القاضي معتد به فقد استوفى المدعى حقه مرة فلا يجب الإيفاء ثانياً ولو تصالحا على أن يحلف المدعى عليه فإذا حلف فالمراد واجب على المدعى عليه فهو باطل لأن هذا تعليق وجوب المال بالشرط وأنه باطل لكونه قماراً ولو أودع إنسانا وبيعة ثم طلبها منه فقال المودع هلك أو قال رددتها وكذب المودع وقال استهلكتم افتصالحا على شيء فالصلح باطل عند أبي يوسف وعند محمد صحيح (وجه) قول محمد أن هذا صلح وقع عن دعوى صحيحة وبين متوجهة فيصح كما في سائر المواضع (وجه) قول أبي يوسف أن المدعى مناقض في هذه الدعوى لأن المودع أمين المالك وقول الامين قول المؤتمن فكان اخباره بالرد والهلاك اقراراً من المودع فكان مناقضاً في دعوى الاستهلاك والتناقض يمنع صحة الدعوى إلا أنه يستحلف لكن لا يدفع الدعوى لأنها مندفة لبطلانها بل للتمهة وإذا لم تصح الدعوى لا يصح

الصلح ولو ادعى المودع الاستهلاك ولم يقل المودع انها هلكت أو رددتها فتصالحا على شيء جاز لأن دعوى الاستهلاك صحيحة واليمين متوجهة عليه فصح الصلح ولو طلب المودع الوديعة فجحدها المودع وقال لم تودعني شيئاً ثم قال هلكت أو رددتها وقال المودع بل استهلكتها فتصالحا جاز لأن المالك يدعى عليه ضمان العيب بالجحد إذ هو سبب لجوب الضمان وكل جواب عرفته في الوديعة فهو الجواب في العارية والمضاربة لأن كل ذلك أمانة ولو اشترى من رجل عبد أقطع فيه بعب وخصمه فيه ثم صالحه على شيء أو حطم من ثمنه شيئاً فإن كان العبد بما يجوز رده على البائع وله المطالبة بارش العيب دون الرد فالصلح جائز لأن الصلح عن العيب صلح عن حق ثابت في المحل وهو صفة سلامة المبيع عن عيب وانما من قبيل الاموال فكان عن العيب معاوضة مال بمال فصح وكذا الصلح عن الارش معاوضة مال بمال لا شك فيه واذا صار المبيع بمال لا يملك رده على البائع ولا المطالبة بارشه بأن باع العبد فالصلح باطل لأن حق الدعوى والخصومة فيها قبل البيع قد بطل بالبيع فلا يجوز الصلح ولو صالح من العيب ثم زال العيب بأن كان بيضاً في عين العبد فالحل بطل الصلح ويرد ما أخذ لأن المعوض وهي صفة السلامة قد عادت فيعود المعوض فبطل الصلح ولو طعن المشتري بعيب فصالحه البائع على أن يريه من ذلك العيب ومن كل عيب فهو جائز لأن البراءة عن العيب ابراء عن صفة السلامة واسقاط لها وهي مستحقة على البائع فيصح الصلح عنها والبراءة عن كل عيب وان كان ابراء عن الجهل لكن جهالة المصالح عنه لا تمنع صحة الصلح فلا تمنع صحة البراءة للفقهاء الذي مر قبل هذا أن الجهالة لعينها غير مانعة بل لا فضائها إلى المنازعة المانعة من التسليم والتبض والذي وقع الصلح والبراءة عنه لا يقتضي التسليم والتبض فلا تضره الجهالة وكذلك لو لم يطعن المشتري بعيب فصالحه البائع من كل عيب على شيء فالصلح جائز لأنه وإن لم يطعن بعيب فله حق الخصومة فصالحه لا بطل هذا الحق ولو خصمه في ضرب من العيوب نحو الشجاج والقرح فصالحه على ذلك ثم ظهر عيب غيره كان له أن يخصمه فيه لأن الصلح وقع عن نوع خاص فكان له حق الخصومة في غيره ولو اشترى شيئاً من امرأة فظهر به عيب فصالحته على أن تزوجه فهو جائز وهذا اقرار منها بالعيب فإن كان يبلغ ارش العيب عشرة دراهم فهو مهرها وإن كان أقل من ذلك يكمل لها عشرة دراهم لأن ارش العيب لما صار مهرها والنكاح معاوضة البضع بالمهر فاذا نكحت نفسها فقد أقرت بالعيب وكذلك لو اشترى شيئاً بارش عيب كان اقراراً بالعيب لأن الشراء معاوضة فالأقدام عليه يكون اقراراً بالعيب بخلاف الصلح حيث لا يكون اقراراً بالعيب لأن الصلح مرة يصح معاوضة ومرة يصبح اسقاطاً فلا يصح دليلاً على الاقرار بالشك والاحتمال ولو اشترى ثوبين كل واحد عشرة فقبضهما ثم وجد بأحدهما عيباً فصالح على أن يرده بالعيب على أن يزيده في ثمن الآخر درهماً فالرد جائز وزيادة الدرهم باطل عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف لا يجوز شيء من ذلك (وجه) قوله ان الرد بالعيب فسخ والفسخ بيع جديد بمنزلة الاقالة والبيع تبطله الشروط الفاسدة (وجه) قوله ان هذا تعليق الزيادة في الثمن بالشرط وانه باطل لأن الزيادة تلحق بأصل العقد وأصل الثمن لا يحتمل التعليق بالشرط لأنه في معنى القمار فكذلك الزيادة عليه فاما الرد ففسخ العقد وانه يحتمل الشرط لجائز ولو ادعى على امرأة نكاحاً فجدت فصالحها على مائة درهم على أن تقر له بالنكاح فأقرت فهو جائز وتجعل المائة من الزوج زيادة في مهرها لأن اقرارها بالنكاح محمول على الصحة ولو ادعى على إنسان ألفاً وأنكر المدعى فصالحه على مائة درهم على أن يقر له بالألف فهو باطل لأن المدعى لا يخلو ما أن يكون صاقاً في دعواه الألف واما أن يكون كاذباً فيها فإن كان صادقاً فيها فالألف واجبة على المدعى عليه ويكون أخذ المعوض عليه في معنى الرشوة وانه حرام وإن كان كاذباً في دعواه فأقر المدعى عليه بالألف التزام المال ابتداء وهذا لا يجوز ولو قال لامرأة أعطيتك مائة درهم على أن تكوني امرأتى ففعلت ذلك فهو جائز إذا كان بمحض من الشهود ويجعل كناية عن انشاء النكاح وكذا لو قال تزوجتك أمس على ألف درهم فجدت فقال أزيدك مائة على أن تقر لي بالنكاح فأقرت جاز ولها ألف ومائة ويحمل اقرارها على الصحة والله عز وجل

أعلم هذا الذي ذكرنا إذا كان الصلح بين المدعى والمدعى عليه (وأما) إذا كان بين المدعى واللاجني المتوسط أو المتبرع فلا يخلو أمان كان ذلك بأمر المدعى عليه أو بغير أمره فإن كان بأمره يصح لأنه وكيل عنه والصلح مما يحتمل التوكيل به وإن كان بغير أمره فهو صلح القضيولى وأنه على خمسة أوجه أحدها أن يضيف الضمان الى نفسه بأن يقول للمدعى صالحتك أو أصالحك من دعواك هذه على فلان على ألف درهم على انى ضامن لك الالف أو على أن على الالف والثانى أن يضيف المال الى نفسه بأن يقول على النى هذه أو على عبدى هذا والثالث ان يعين البدل وإن كان لا ينسبه الى نفسه بأن يقول على هذه الالف أو على هذا العبد والرابع أن يسلم البدل وإن لم يعين ولم ينسب بأن قال صالحتك على ألف وسلمها اليه والخامس ان لا يفعل شيئا من ذلك بأن يقول صالحتك على الف درهم أو على عبد وسط ولم يزد عليه فى الوجوه الاربعه يصح الصلح لقوله تعالى انما المؤمنون اخوة فاصلحوا بين اخويكم وهذا خاص فى صلح المتوسط وقوله عز شأنه والصلح خير وهذا عام فى جميع أنواع الصلح لدخول الالف واللام على الصلح وانهما لا يستغراق الجنس ولأنه بالصلح فى هذه الوجوه متصرف على نفسه بالتبرع باسقاط الدين على الغير بالقضاء من مال نفسه ان كان الصلح عن اقرار وإن كان عن انكار باسقاط الخصومة فيصبح تبرعه كما اذا تبرع بقضاء دين غيره من مال نفسه ابتداء ومتى صح صلحة يجب عليه تسليم البدل فى الوجوه الثلاثة وليس له أن يرجع على المدعى عليه لأن التبرع بقضاء الدين لا يطلق الرجوع على ما ذكره فى فصل الحكم ان شاء الله تعالى (وأما) فى الوجه الخامس فموقوف على اجازة المدعى عليه لان عند انعدام الضمان والنسبة وتعيين البدل والتمكين لا يمكن حمله على التبرع بقضاء دين غيره من مال نفسه فلا يكون متصرفا على نفسه بل على المدعى عليه فيقف على اجازته فان أجاز نفذ ويجب البدل عليه دون المصالح لان الاجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة ولو كان وكيلاً من الابتداء لنفذ تصرفه على موكله فكذلك اذا تحقق التوكيل بالاجازة وان رده بطل لان التصرف على الانسان لا يصح من غير اذنه واجازته ثم انما يصح صلح القضيولى اذا كان حرا بالغا فلا يصح صلح العبد المأذون والصبى لانهما ليسا من أهل التبرع وكذا الخلع من الاجنبى على هذه الفصول التى ذكرنا بأن كان باذن الزوج أو المرأة يصير وكيلاً ويجب المال على المرأة دون الوكيل وإن كان بغير اذنها فهو على الفصول التى ذكرنا فى الصلح وكذلك الزيادة فى الثمن من الاجنبى على هذا التفصيل ان كان باذن المشتري يكون وكيلاً ويجب على المشتري وإن كان بغير اذنه فعلى ما ذكرنا من الفصول وكذلك العفو والصلح عن دم العمد من الاجنبى على هذه الفصول ثم لا يخلو أمان صالح على المقرض أو على غير المقرض بمقدار المقرض أو بأكثر منه قبل تعيين القاضى أو بعده على ما تقدم والاصل فيه أنه يجوز من صلح الاجنبى ما يجوز من صلح القاتل ومالا فلا وبيان ذلك انه اذا صالح القضيولى على خمسة عشر ألفاً وعلى ألفى دينار وضمن قبل تعيين القاضى الواجب على العاقلة جاز الصلح على عشر آلاف درهم وعلى ألف دينار وتبطل الزيادة لما ذكرنا ان القضيولى بالصالح فى مثل هذا الموضع متبرع بقضاء دين على المتبرع عليه وليس عليه الا هذا القدر فلا يصح تبرعه عليه بالزيادة كمن كان له على آخر الف درهم دين ف قضى عنه الفين بغير أمره له أن يسترد الزيادة هذا اذا صالح على المقرض فان صالح على جنس آخر جاز لان المانع من الجواز هو الر با ولا يجرى فى مختلفى الجنس وكذلك لو صالح على مائتى بعير بعينها أو بغير عينها جاز صلحه على المائة لما أن القاتل لو فعل ذلك بنفسه لما جاز الا على المائة فكذا القضيولى لما ذكرنا ثم ان كانت بغير أعيانها فالواجب عليه مائة من الابل على الاسنان الواجبة فى باب الدية لان مطلق الابل فى هذا الباب ينصرف الى الواجب وان كانت بأعيانها فالواجب مائة منها واخيلا الى الطالب لان الرضا بالكل يكون رضا البعض فان كان فى اسنان الابل نقصان عن اسنان الابل الواجبة فى باب الدية فالطالب أن يرد الصلح لان صلح الطالب على الزيادة على المقرض محمول على ان غرضه انه لو ظهر نقصان فى السن لا يجبر بزيادة العدد فاذا لم يحصل له الزيادة لم يحصل غرضه فاختلف رضاه بالنقصان فأوجب حق النقص ولو صالح على مائة على

استان الدية وضمنها فوجائر ولا خيار للطالب لان الصلح على مائة على استئان الدية استيفاء عين الحق وان كان القاضي عين الواجب ففرض عليه بالدرهم فصالح المتوسط على النقي دينار جاز ولا بد من القبض في المجلس كإوفعه القائل بنفسه لانه صرف في راعي له شرائطه والله تعالى أعلم

فصل (وأما) بيان حكم الصلح فنقول وبالله التوفيق ان للصلح أحكاماً بعضها أصلي لا ينفصل عنه جنس الصلح المشروع وبعضها دخيل يدخل في بعض أنواع الصلح دون البعض أما الأصل فهو انقطاع الخصومة والمنازعة بين المتداعيين شرعاً حتى لا تسمع دعواهما بعد ذلك وهذا حكم لازم جنس الصلح فأما الدخيل فأنواع منها حق الشفعة للشفيع وجملة ان المدعى لو كان داراً أو بدل الصلح سوى الدار من الدراهم والدنانير وغيرهما فان كان الصلح عن اقرار المدعى عليه ثبت للشفيع فيها حق الشفعة لانه في معنى البيع من الجانبين فيجب حق الشفعة وان كان الصلح عن انكار لا يثبت لانه ليس في معنى البيع من جانب المدعى عليه بل هو بذل المال لدفع الخصومة واليمين لكن للشفيع أن يقوم مقام المدعى فيدلى بحجته على المدعى عليه فان كانت للمدعى بينة أقامها للشفيع عليه وأخذ الدار بالشفعة لان باقمة البينة تبين له أن الصلح كان في معنى البيع وكذلك ان لم تكن له بينة تخلف المدعى عليه فنكل وان كان بدل الصلح داراً أو الصلح عن اقرار المدعى عليه ثبت للشفيع حق الشفعة في الدارين جميعاً لما مر أن الصلح هنا في معنى البيع من الجانبين فصار كأنهما تبايعا داراً بدار فبأخذ شفع كل دار الدار المشفوعة بقيمة الدار الاخرى وان تصالحا على أن يأخذ المدعى الدار المدعاة و يعطى المدعى عليه داراً أخرى فان كان الصلح عن انكار وجبت فيهما الشفعة بقيمة كل واحدة منهما لان هذا الصلح في معنى البيع من الجانبين وان كان الصلح عن اقرار لا يصح لان الدارين جميعاً ملك المدعى لاستحالة أن يكون ملكه بدلاً عن ملكه واذا لم يصح الصلح لا تجب الشفعة ولو صالح عن الدار على منافع لا تثبت الشفعة وان كان الصلح عن اقرار لان المنفعة ليست بعين مال فلا يجوز أخذ الشفعة بها وان كان الصلح عن انكار يثبت للشفيع حق الشفعة في الدار التي هي بدل الصلح ولا يثبت في الدار المدعاة لان الاخذ بالشفعة يستدعي كون المأخوذ مبيعاً في حق من يأخذ منه لان الصلح عن انكار في جانب المدعى معاوضة فكان بدل الصلح بمعنى البيع في حقه اذا كان عينا فكان للشفيع حق الاخذ منه بالشفعة وفي جانب المدعى عليه ليس بمعاوضة بل هو اسقاط الخصومة ودفع اليمين عن نفسه فلم يكن للدار المدعاة حكم المبيع في حقه فلم يكن للشفيع أن يأخذها بالشفعة الا أن يدلى بحجة المدعى فيقيم البينة أو يخلف المدعى عليه فينكل على ما ذكرنا ومنها حق الرد بالعيب وانه يثبت من الجانبين جميعاً ان كان الصلح عن اقرار لانه بمنزلة البيع وان كان عن انكار يثبت في جانب المدعى ولا يثبت في جانب المدعى عليه لان هذا بمنزلة البيع في حقه لافي حق المدعى عليه والعيب على المدعى عليه في دعواه فان أقام البينة أخذ حصصة العيب وان لم يثبت للمدعى عليه حق الرد بالعيب لم يرجع في شيء وكذا لو استحق عليه الدار وقد بنى فيها بناء فنقض لا يرجع على المدعى بقيمة البناء وكذلك ان كان المدعى جارية فاستولدها لم يكن مغروراً ولا يرجع قيمة الولد لان ما أخذه المدعى ليس بدل المدعى في حقه الا أنه اذا استحققت الدار المدعاة يرجع على المدعى بما أدى اليه لان المؤدى بدل الخصومة في حقه وقد تبين أنه لا خصومة له فيه فكان له حق الرجوع بالمؤدى ولو وجد بدل الصلح عيباً فلم يقدر على رده للهلاكه أو للزيادة أو للتعصان في يد المدعى فان كان الصلح عن اقرار يرجع على المدعى عليه بحصة العيب في المدعى وان كان عن انكار يرجع بحصة العيب على المدعى عليه في دعواه فان أقام البينة أخذ حصصة العيب وكذلك اذا حلفه فنكل وان حلف فلا شيء عليه ومنها الرد بخيار الرؤية في نوعي الصلح وقرق الطحاوي بينهما والحق الرد في الصلح عن انكار ببذل الصلح عن القصاص وبالمر و بدل الخلع والرد بخيار الرؤية غير ثابت في تلك العقود فكذا ههنا وفي كتاب الصلح أثبت حق الرد في النوعين جميعاً من غير فصل هو الصحيح لان الخيار ثبت للمدعى فيستدعي كونه معاوضة عن حقه وقد وجد وكذلك الاحكام تشهد بصحة هذا

على ما ذكر ومنها أنه لا يجوز التصرف في بدل الصلح قبل القبض إذا كان منقولاً في نوعي الصلح فلا يجوز للمدعي بيعه وهبته ونحو ذلك وإن كان عقاراً يجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد لا يجوز ويجوز ذلك في الصلح عن القصاص للصلح أن يبيعه ويبرئ عنه قبل القبض وكذلك المهر والخلع والفرق إن المانع من الجواز في سائر المواضع التحرز عن انفساخ العقد على تقدير الهلاك ولم يوجد هنا لأن الصلح عن القصاص بما لا يحتمل إلا انفساخ فلا حاجة إلى الصيانة بالمنع كالمرور وبذا تبين أن الحاق العقد بالعقد الذي هي مبادلة مال بغير مال على ما ذكره الطحاوي غير سديد ولو صالح عن القصاص على عين فهلكت قبل التسليم فعليه قيمتها لأن الصلح لم ينفسخ في حق وجوب التسليم وهو عاجز عن تسليم العين للمصلح فيجب تسليم القيمة (ومنها) أن الوكيل بالصلح إذا صالح ببدل الصلح يلزمه أو يلزم المدعي عليه فهذا في الأصل لا يخلو من وجهين إما أن يكون الصلح في معنى المعاوضة وإما أن يكون في معنى استيفاء عين الحق فإن كان في معنى المعاوضة يلزمه دون المدعي عليه لأنه يكون جارياً بجرى البيع وحقوق البيع راجعة إلى الوكيل وإن كان في معنى استيفاء عين الحق فهذا على وجهين أيضاً إما أن ضمن بدل الصلح وإما أن لم يضمن فإن لم يضمن لا يلزمه لأنه يكون سفيراً بمنزلة الرسول فلا ترجع إليه الحقوق وإن ضمن لزمه بحكم الكفالة لا بحكم العقد (وأما) الفضولي فإن نفذ صلحه فالبديل عليه ولا يرجع به على المدعي عليه لأنه متبرع وإن وقف صلحه فإن رده المدعي عليه بطل ولا شيء على واحد منهما وإن أجاز به جاز والبديل عليه دون الفضولي.

فصل وأما بيان ما يبطل به الصلح بعد وجوده فنقول وبالله التوفيق ما يبطل به الصلح أشياء (منها) الإقالة فيما سوى القصاص لأن ما سوى القصاص لا يخلو عن معنى معاوضة المال بالمال فكان محتملاً للنسخ كالبیع ونحوه (فأما) في القصاص فالصلح فيه إسقاط محض لأنه غفوا والعفو إسقاط فلا يحتمل النسخ كالطلاق ونحوه (ومنها) لحاق المرتد بالحرب أو موته على الردة عند أبي حنيفة بناء على أن تصرفات المرتد موقوفة عنده على الإسلام والحقوق بدار الحرب والموت فإن أسلم نفذ وإن لحق بدار الحرب وقضى القاضي به أو قتل أو مات على الردة تبطل وعندهما نافذة والمرتدة إذا لحقت بدار الحرب يبطل من صلحها ما يبطل من صلح الحر بية لأن حكمها حكم الحر بية والمسئلة تعرف في موضعها إن شاء الله تعالى (ومنها) الرد بخيار العيب والرؤية لأنه يفسخ العقد لعلم (ومنها) الاستحقاق وأنه ليس بإبطالاً حقيقياً بل هو بيان أن الصلح لم يصبح أصلاً لأنه بطل بعد الصحة لأنه إبطال من حيث الظاهر لنفاذ الصلح ظاهراً فيجوز إلحاقه بهذا القسم لكنه ليس بإبطال حقيقة فكان إلحاقه بقسام الشرائط على ما ذكرنا أولى وأقرب إلى الصناعة والفقهاء فكان أولى (ومنها) هلاك أحد المتعاقدين في الصلح على المنافع قبل انقضاء المدة لأنه بمعنى الاجازة وأنما تبطل بموت أحد المتعاقدين وأما هلاك ما وقع الصلح على منفعة هل يوجب بطلان الصلح فلا يخلو أما إن كان حيواناً كالعبد والذابة أو غير حيوان كالدار والبيت فإن كان حيواناً لا يخلو أما إن هلك بنفسه أو باستهلاكه فإن هلك بنفسه يبطل الصلح إجماعاً وإن هلك باستهلاك فلا يخلو من ثلاثة أوجه أما إن استهلكه أجنبي وإما إن استهلكه المدعي عليه وإما إن استهلكه المدعي فإن استهلكه أجنبي يبطل الصلح عند محمد وقال أبو يوسف لا يبطل ولكن للمدعي الخيار إن شاء نقض الصلح وإن شاء اشترى له قيمته عبداً يخدمه إلى المدة المضروبة (وجه) قول محمد أن الصلح على المنفعة بمنزلة الاجارة لأن الاجارة تملك المنفعة بعوض وقد وجد وهذا ملك اجارة العبد من غيره بمنزلة المستأجر في باب الاجارة والاجارة تبطل بهلاك المستأجر سواء هلك بنفسه أو باستهلاك كذا هذا (وجه) قول أبي يوسف أن هذا صلح فيه معنى الاجارة وكما أن معنى المعاوضة لازم في الاجارة فعني استيفاء عين الحق أصل في الصلح فيجب اعتبارهما جميعاً ما أمكن ومعلوم أنه لا يمكن استيفاء الحق من المنفعة لأنها ليست من جنس المدعي فيجب تحقيق معنى الاستيفاء من محل المنفعة وهو الرقبة ولا يمكن ذلك إلا بعد ثبوت الملك له فيها فتجمل كأنه ملكه في حق استيفاء حقه منها وبعد القتل إن تعذر الاستيفاء من عينها يمكن من بدلها فكان له أن يستوفي من البديل بأن يشتري له عبداً فيخدمه إلى

المدة المشروطة وله حق النقص أيضاً لتعذر محل الاستيفاء وان استهلك المدعى عليه بان قتله أو كان عبداً فأعاقته يبطل الصلح أيضاً وقيل هذا قول محمد فأما على أصل أبي يوسف فلا يبطل وتلزمه القيمة ليشتري له بها عبداً آخر يخدمه إلى المدة المشروطة كما إذا قتله أجنبي وكالراهن إذا قتل العبد المرحون أو أعتقه وهذا لأن رقة العبد وان كانت مملوكة للمدعى عليه لكنهما مشغولة بحق الغير وهو المدعى لتعلق حقه بها فتجب رعايتهما جميعاً بتنفيذ العتق ويضمن القيمة كما في الرهن وكذا لو استهلك المدعى بطل الصلح عند محمد وعند أبي يوسف لا يبطل وتؤخذ من المدعى قيمة العبد وشتري عبداً آخر يخدمه وهل يثبت الخيار للمدعى في نقض الصلح على مذهبه فيه نظر هذا إذا كان الصلح على منافع الحيوان فأما إذا كان على سكنى بيت فهلك بنفسه بان أنهدم أو باستهلاكه بان هدمه غيره لا يبطل الصلح ولكن لصاحب السكنى وهو المدعى الخيار ان شاء بناء صاحب البيت بيتاً آخر يسكنه إلى المدة المضروبة وان شاء نقض الصلح ولا يتعذر هنا خلاف محمد لأن إجارة العبد تبطل بموته بالاجماع وإجارة الدار لا تبطل بانهدامها ولصاحب الدار أن يبنها مرة أخرى في بعض إشارات الروايات عن أصحابنا على ما مر في الاجارات ولو تصالحا عن انكار المدعى عليه على مال ثم أقر المدعى عليه بعد الصلح لا ينفسخ الصلح لأن الإقرار مبين أن الصلح وقع معاوضة من الجانبين فكان مقر للصالح لا مبطلاً له ولو أقام المدعى البينة بعد الصلح لا تسمع بيئته إذا ظهر ببدل الصلح عيب وأنكر المدعى عليه فأقام البينة ليرده بالعيب فتسمع بيئته وتبين أن للصلح الماضي حكم الصلح عن اقرار المدعى عليه فكل حكم ثبت في ذلك ثبت في هذا

﴿ فصل ﴾ وأما بيان حكم الصلح إذا بطل بعد صحته أو لم يصح أصلاً فهو أن يرجع المدعى إلى أصل دعواه ان كان الصلح عن انكار وان كان عن اقرار فيرجع على المدعى عليه بالمدعى لا غيره إلا أن في الصلح عن قصاص إذا لم يصح كان له أن يرجع على القاتل بالدية دون القصاص إلا أن يصير مفروراً من جهة المدعى عليه فيرجع عليه بضمأن الفرور أيضاً وبيان هذه الجملة أنهم إذا اتفقا على الصلح فيما سوى القصاص أو رد البذل بالعيب وخيار الرؤية فيرجع المدعى بالمدعى ان كان عن اقرار وان كان عن انكار يرجع إلى دعواه لأن الإقالة والرد بالعيب وخيار الرؤية فسخ للعقد وإذا فسخ جعل كأن لم يكن فعاد الأمر على ما كان من قبل وكذا إذا استحق لأن بالاستحقاق ظهر أنه لم يصح لقوات شرط الصحة فكانه لم يوجد أصلاً فكان وجوده وعدمه بمنزلة واحدة إلا أن في الصلح عن القصاص عن اقرار لا يرجع بالمدعى وان فات شرط الصحة لأن صورة الصلح أو رثت شبهة في درء القصاص والقصاص لا يستوفى مع الشبهة فسقط لكن إلى بدل وهو الدية فأما المال وما سوى القصاص من الحقوق والحدود فيمكن استيفاءه مع الشبهة فأمكن الرجوع بالمدعى ولا يرجع بشيء آخر إلا إذا صار مفروراً من جهة المدعى عليه بان كان بدل الصلح جارية قبضها واستولدها ثم جاء مستحق فاستحقها وأخذها وأخذ عقرها وقيمة ولدها وقت الخصومة فإنه يرجع على المدعى عليه بالمدعى وبما ضمن من قيمة الولد ان كان الصلح عن اقرار لأنه صار مفروراً من جهته وان كان الصلح عن انكار يرجع إلى دعواه لا غير فإن أقام البينة على صحته دعواه أو حلف المدعى عليه فنكل حينئذ يرجع بما ادعى وقيمة الولد لأنه تبين أنه كان مفروراً وأقر فيرجع عليه بضمأن الفرور ولا يرجع بالعقر في نوعي الصلح لأن العقر بدل لمنفعة المستوفى فكان عليه العقر وان كان الصلح عن القصاص في النفس أو مادونها فصالح على جارية فاستولدها ثم استحققت فإنه يرجع على المدعى عليه بقيمة الجارية وبما ضمن من قيمة الدان كان الصلح عن اقرار ولا يرجع بالعقر ما ذكرنا وان كان الصلح عن انكار يرجع إلى دعواه لا غير فإن أقام البينة أو حلف المدعى عليه فنكل يرجع بقيمة الجارية وبما ضمن من قيمة الولد لما قلنا وان حلف لا يرجع بشيء أو صالح المتوسط على عبد معين فاستحق العبد أو وجد به عيباً فردته حتى بطل الصلح لا سبيل للمدعى على المتوسط ولكنه يرجع بالمدعى ان كان الصلح عن اقرار وان كان عن انكار يرجع إلى دعواه لأن المتوسط بهذا الصلح لا يضمن سوى تسليم العبد المعين ولو صالح على دراهم مائة وضمنها

ودفعها اليه ثم استحدثت أو وجدها زبوا فله ان يرجع على المصالح المتوسطة لانه بالضمان التزم تسليم الجارية وسلامة المضمون ولو استحدثت الدار المدعاة بعد الصلح عن اقرار أو عن انكار كان للمدعى عليه أن يرجع بما دفع (أما) في موضع الاقرار فلا شك فيه لان المأخوذ عوض في حتمها جميعاً (وأما) في موضع الانكار فلا ن المأخوذ عوض في حق المدعى عن المدعى عليه وقد فات بالاستحقات فيجب عليه رد عوضه هذا اذا استحق كل الدار فأما اذا استحق بعضها فان كان ادعى جميع الدار يرجع بحصة ما استحق لقوات بعض ما هو عوض عن المستحق وان كان ادعى فيها حقاً لم يرجع بشئ لجواز أن يكون المدعى ما وراء المستحق واذا بطل الصلح على المنافع بموت أحد المتعاقدين وغير ذلك في أثناء المدة فان كان الصلح عن اقرار رجع بالمدعى بقدر ما لم يستوف من المنفعة وان كان عن انكار رجع الى الدعوى في قدر ما لم يستوف من المنفعة ولو صلح عن القصاص على دن من خمر فاذا هو خل أو على عبد فاذا هو حر فهو على الاختلاف الذي عرف في باب النكاح الا ان فيما يجب مهر المثل هناك تجب الدية هنا وفيما تجب القيمة لرجل مثله هناك يجب ذاك هنا ولا يشبه هذا ما اذا صلح عن القصاص على خمر وهو يعلم بانه خمر أنه لا يجب شئ وهو هنا يجب شئ لان هناك صار مفروراً من جهة المدعى عليه بتسمية العبد والخل وكل من غره في شئ يكون ملتزماً بما يلحقه من العهدة فيه فاذا ظهر الامر بخلافه كان له حق الرجوع عليه بحكم الكفالة والضمان ومعنى الغرور لا يقتدر عند علمه بحال المسمى فتبقى لفظة الصلح كناية عن العفو وأنه مسقط للحق أصلاً فهو الفرق بين الامر بين والله عز وجل أعلم

كتاب الشركة

الشركة في الاصل نوعان شركة الاملاك وشركة العقود وشركة الاملاك نوعان نوع ثبت بفعل الشريكين ونوع ثبت بغير فعلهما (أما) الذي ثبت بفعلهما فتحتوان يشتر ياشياً أو يوهب لهما أو يوصى لهما أو يتصدق عليهما فيقبلا فيصير المشتري والموهوب والموصى به والمتصدق به مشتركاً بينهما شركة ملك (وأما) الذي ثبت بغير فعلهما فال ميراث بان ورثاً شيئاً فيكون المورث مشتركاً بينهما شركة ملك (وأما) شركة العقود فال كلام فيها يقع في مواضع في بيان أنواعها وكيفية كل نوع منها وركنه وفي بيان حكم الشركة وفي بيان صفة عقد الشركة وفي بيان ما يبطل العقد أما الاول فشركة العقود أنواع ثلاثة شركة بالاموال وشركة بالاعمال وتسمى شركة الابدان وشركة الصانع وشركة بالتقيل وشركة بالوجوه (أما) الاول وهو الشركة بالاموال فهو أن يشترك اثنان في رأس مال فيقولان اشتراكنا فيه على أن نشترى ونبيع معا أو شتى أو أطلقا على أن مار زق الله عز وجل من ربح فهو بيننا على شرط كذا أو يقول أحدهما ذلك ويقول الآخر نعم ولو ذكرا الشراء دون البيع فان ذكرا ما بديل على شركة العقود بان قالما اشترينا فهو بيننا أو ما اشتري أحدنا من تجارة فهو بيننا يكون شركة لانهم لما جعلوا ما اشتراه كل واحد بينهما علم انهما أراداه الشركة لا الوكالة لان الوكيل لا يوكل موكله عادة واذا لم يكن وكالة لا تقف صحته على ما تقف عليه صحة الوكالة وهو التخصيص ببيان الجنس أو النوع أو قدر الثمن بل يصح من غير بيان شئ من ذلك ان لم يذكرا الشراء ولا البيع ولا ما بديل على شركة العقود بان قال رجل لغير ما اشتريت من شئ فيبني وبينك أو قال فيبني وقال الآخر نعم فان أراد بذلك أن يكونا بمعنى شريكي التجارة كان شركة حتى تصح من غير بيان جنس المشتري ونوعه وقد رثي كما اذا انصاع على الشراء والبيع وان أراد به أن يكون المشتري بينهما خاصة بعينه ولا يكونا فيه كشريكي التجارة بل يكون المشتري بينهما بعينه كما اذا أورثا أو وهب لهما كان وكالة لا شركة فان وجد شرط صحة الوكالة جازت الوكالة والا فلا وهو بيان جنس المشتري وبيان نوعه أو مقدار الثمن في الوكالة الخاصة وهي أن يفوض الموكل الرأى الى الوكيل بان يقول ما اشتريت لي من عبد تركي أو جارية رومية فهو جائز أو ما اشتريت لي من عبد أو جارية بالف درهم فهو جائز أو بيان الوقت أو قدر الثمن أو جنس المشتري في الوكالة العامة بان يقول ما اشتريت لي من شئ اليوم

أو شهر كذا أو سنة كذا فهو جائز أو قال ما اشتريت لي من شيء بالف درهم فهو جائز أو ما اشتريت لي من الزواجر فهو جائز وإنما كان كذلك لأن مطلق هذا اللفظ يحتمل الشركة ويحتمل الوكالة فلا بد من النية فإن نوي به الشركة كان شركة في عموم التجارات لأن الأصل في الشركة العموم لأن المقصود منها تحصيل الربح وهذا المقصود لا يحصل إلا بتكرار التجارة مرة بعد أخرى ولا يشترط لها بيان شيء مما ذكرنا لأن ذلك ليس بشرط لصحة الشركة وإن نوي به الوكالة كان وكالة ويقف محتتمل على شرائطها من الخاصة أو العامة لأن مبنى الوكالة على الخصوص لأن المقصود منها تملك العين لا تحصيل الربح منها فلا بد فيها من التخصيص ببيان ما ذكرنا إلا أنه يكتفي في الوكالة العامة ببيان أحد الأشياء التي وصفنا لأنه لما عممها بتفويض الرأي فيها إلى الوكيل فقد شبهها بالشركة فكان في احتمال الجهالة الفاحشة كالشركة لكنها وكالة والخصوص أصل في الوكالة فلا بد فيها من ضرب تخصيص فإن أتى بشيء مما ذكرنا جازت والا بطلت قال بشر سمعت أبا يوسف يقول في رجل قال لرجل ما اشتريت اليوم من شيء فيني وبينك نصفين فقال الرجل نعم فإن أبا حنيفة رحمه الله قال هذا جائز وكذلك قال أبو يوسف وكذلك إن وقت مالا ولم يؤت يوما وكذا إن وقت صنفاً من الثياب وبسبى عدداً أو لم يسم ثمنها ولا يوماً وان قال ما اشتريت من شيء فهو بيني وبينك ولم يسم شيئاً مما ذكرنا فإن أبا حنيفة رحمه الله قال لا يجوز وكذلك قال أبو يوسف لما ذكرنا أنه لما يذكر البيع ولا ما يدل على شركة العقود علم أنها وكالة فلا تصح إلا بضرب من التخصيص على ما بينا وذلك كرجل في الأصل في رجلين اشتراكا بغير مال على أن ما اشتري اليوم فهو بينهما خصاً صنفاً من الأصناف أو عملاً بخصاً فهو جائز وكذلك إن لم يؤت للشركة وقتاً كان هذا جائزاً لأنهما لم يجعل ما يشتره كل واحد منهما دال على أنها شركة وليست بوكالة لأن الوكالة لا تكون من الجانبين عادة وإذا كان شركة فالشركة لا تحتاج إلى التخصيص قال وإن أشهد أحدهما أن ما يشتره لنفسه بغير محضر من صاحبه فكما اشتري شيئاً فهو بينهما لأن الشركة لما سمحت كان كل واحد منهما وكيل الآخر في شتره فهو بالاشهاد أنه يشتري لنفسه يريد إخراج نفسه من الوكالة بغير محضر من الموكل فلا يملك ذلك (وأما) الشركة بالأعمال فهو أن يشتري على عمل من الخياطة أو القصارة أو غيرهما فيقولوا اشتريتنا على أن نعمل فيه على أن مازق الله عز وجل من أجرة فهي بيننا على شرط كذا (وأما) الشركة بالوجه فهو أن يشتري كذا وليس لهما مال لكن لهما واجهة عند الناس فيقولوا اشتريتنا على أن نشترى بالنسيئة ونبيع بالنقد على أن مازق الله سبحانه وتعالى من ربح فهو بيننا على شرط كذا أو سمي هذا النوع شركة الوجه لأنه لا يباع بالنسيئة إلا الوجه من الناس عادة ويحتمل أنه سمي بذلك لأن كل واحد منهما يواجه صاحبه ينتظر أن من يبيعهما بالنسيئة ويدخل في كل واحد من الأنواع الثلاثة العنان والمفاوضة ويفصل بينهما بشرائط تختص بالمفاوضة نذكرها في موضعها إن شاء الله تعالى

فصل ١٠ وأما بيان جواز هذه الأنواع الثلاثة فقد قال أصحابنا إنها جائزة عناناً كانت أو مفاوضة وقال الشافعي رحمه الله شركة الأعمال والوجه لا جواز لها أصلاً ورأساً (وأما) شركة الأموال فتجوز فيها العنان ولا تجوز فيها المفاوضة وقال مالك رحمه الله لا أعرف المفاوضة وقيل في اشتقاق العنان أنه مأخوذ من العن وهو الأعراض يقال عن لي أي اعترض وظهر قال امرؤ القيس

فمن لنا شرب كأن نعاجه * عذاري دوار في ملاءم دبل

سمى هذا النوع مثل الشركة عناناً لأنه يقع على حسب ما يعين لهما في كل التجارات أوفي بعضها دون بعض وعند تساوى المالكين أو تقاضيلهما وقيل هو مأخوذ من عنان القرس أن يكون بأحدى يديه ويده الأخرى مطلقاً يفعل بها ما يشاء فسمى هذا النوع من الشركة عناناً لأنه لا يكون إلا في بعض الأموال ويتصرف كل واحد منهما في الباقي كيف يشاء أولان كل واحد منهما جعل عنان التصرف في المال المشترك لصاحبه وكان أهل الجاهلية يتماطون هذه الشركة قال النابغة

وشاركنا قريشاً بقاها * وفي احسابها شرك العنان

(وأما) المفاوضة فقد قيل انها المساواة في اللغة قال القائل وهو العبدى

يهدى الامور بأهل الرأى ماصلحت * فان تولت فبالاشرار تنقاد

لا يصلح الناس فوضى لاسراة لهم * ولا سراة اذا جهلهم سادوا

سمى هذا النوع من الشركة مفاوضة لا اعتبار المساواة فيه في رأس المال والربح والتصرف وغير ذلك على ما نذكره وقيل هي من التفويض لان كل واحد منهما يفوض التصرف الى صاحبه على كل حال (وأما) الكلام في شركة الاعمال والوجوه (فوجه) قول الشافعى رحمه الله ان الشركة تنبى عن الاختلاط ولهذا شرط الخلط لجواز الشركة ولا يقع الاختلاط الا في الاموال وكذا ما وضع له الشركة لا يتحقق في هذين النوعين لانها وضعت لاستئناء المال بالتجارة لان نماء المال بالتجارة والناس في الاهتداء الى التجارة مختلفون بعضهم اهدى من البعض فشرعت الشركة لتحصيل غرض الاستئناء ولا بد من أصل يستنى ولم يوجد في هذين النوعين فلا يحصل ما وضع له الشركة فلا يجوز (ولنا) ان الناس يتعاملون بهذين النوعين في سائر الاعصار من غير انكار عليهم من أحد وقال عليه الصلاة والسلام لا تجتمع أمتي على ضلالة ولائها يشتملان على الوكالة والوكالة جائزة والمستعمل على الجائز جائز وقوله ان الشركة شرعت لاستئناء المال فيستدعى أصلاً يستنى فنقول الشركة بالاموال شرعت لتنمية المال وأما الشركة بالاعمال أو بالوجوه فما شرعت لتنمية المال بل لتحصيل أصل المال والحاجة الى تحصيل أصل المال فوق الحاجة الى تميته فلما شرعت لتحصيل الوصف فلا تنشرع لتحصيل الأصل أولى (وأما) الكلام في الشركة بالاموال فأما العنان فجائز باجماع فقهاء الامصار ولتعامل الناس ذلك في كل عصر من غير تكبر وما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن وما روى أن أسامة بن شريك جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال أتعرفنى فقال عليه الصلاة والسلام وكيف لا أعرفك وكنت شريكى ونعم الشريك لا تدارى ولا تمارى وأدنى ما يستدل به على الصلاة والسلام الجواز وكذا بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم والناس يتعاملون بهذه الشركة فقررهم على ذلك حيث لم ينههم ولم ينكر عليهم والتقرر بأحد وجوه السنة ولان هذه العقود شرعت لمصالح العباد وحاجتهم الى استئناء المال متحققة وهذا النوع طريق صالح للاستئناء فكان مشروعاً ولا يشتمل على الوكالة والوكالة جائزة اجماعاً (وأما) المفاوضة (فأما) قول مالك رحمه الله لا أعرف ما المفاوضة فان عني به لا أعرف معناها في اللغة فقد بينا معناها في اللغة انها عبارة عن المساواة وان عني به لا أعرف جوازها فقد عرفنا رسول الله صلى الله عليه وسلم الجواز بقوله عليه الصلاة والسلام تفاوضوا فانه أعظم للبركة ولائها مشتملة على أمرين جائزين وهما الوكالة والكفالة لان كل واحدة منهما جائزة حال الانفراد وكذا حالة الاجتماع كالعنان ولانها طريق استئناء المال أو تحصيله والحاجة الى ذلك متحققة فكانت جائزة كالعنان (وأما) الكلام مع الشافعى رحمه الله فوجه قوله أن المفاوضة تتضمن الكفالة عندكم والكفالة التي تتضمنها المفاوضة كفالة بمجهول وانها غير صحيحة حالة الانفراد فكذا التي تتضمنها المفاوضة ودليلنا على الجواز ما ذكرنا مع مالك رحمه الله (وأما) قوله المكفول له مجهول فنعم لكن هذا النوع من الجهالة في عقد الشركة عفو وان لم يكن عفو حالة الانفراد كما في شركة العنان فانها تشتمل على الوكالة العامة وان كان لا يصح هذا التوكيل حالة الانفراد وكذا المضاربه تتضمن وكالة عامة وانها صحيحة وان كانت الوكالة العامة لا تصح من غير بيان حالة الانفراد فكذا هذا وان المعنى في ذلك الوكالة لا تثبت في هذا العقد مقصوداً بل ضمناً للشركة وقد ثبتت الشيء ضمناً وان كان لا يثبت قصد او يشترط للتأبث مقصوداً الا يشترط للتأبث ضمناً وتبعاً كعزل الوكيل ونحو ذلك

فصل في بيان شرائط جواز هذه الانواع فليجوزها شرائط بعضها يعم الانواع كلها وبعضها يخص البعض دون البعض (أما) الشرائط العامة فانواع (منها) أهلية الوكالة لان الوكالة لازمة في الكل وهي أن يصير كل واحد

منهما وكيل صاحبه في التصرف بالشراء والبيع وتقبل الاعمال لان كل واحد منهما اذن لصاحبه بالشراء والبيع وتقبل الاعمال مقتضى عقد الشركة والوكيل هو المتصرف عن اذن فيشترط فيها أهلية الوكالة لماعلم في كتاب الوكالة (ومنها) أن يكون الربح معلوم القدر فان كان مجهولاً تفسد الشركة لان الربح هو المقنود عليه وجهاته توجب فساد العقد كما في البيع والاجارة (ومنها) أن يكون الربح جزءاً شائعاً في الجملة لا معيناً فان عينا عشرة أو مائة أو نحو ذلك كانت الشركة فاسدة لان العقد يقتضي تحقق الشركة في الربح والتعيين يقطع الشركة لجواز أن لا يحصل من الربح الا القدر المعين لاحدهما فلا يتحقق الشركة في الربح (وأما) الذي يخص البعض دون البعض فيختلف (أما) الشركة بالاموال فلها شروط (منها) أن يكون رأس المال من الاثمان المطلقة وهي التي لاتتعين بالتعيين في المفاوضات على كل حال وهي الدراهم والدنانير عتانا كانت الشركة أو مفاوضة عند عامة العلماء فلا تصح الشركة في العروض وقال مالك رحمه الله هذا ليس بشرط وتصح الشركة في العروض والصحيح قول العامة لان معنى الوكالة من لوازم الشركة والوكالة التي يتضمنها الشركة لا تصح في العروض وتصح في الدراهم والدنانير فان من قال لغيره بيع عرضك على أن يكون ثمنه بيننا لا يجوز واذا لم تجز الوكالة التي هي من ضرورات الشركة لم تجز الشركة ولو قال له اشتر بألف درهم من مالك على أن يكون ما اشتر بيننا جاز ولان الشركة في العروض تؤدي الى جهالة الربح عند القسمة لان رأس المال يكون قيمة العروض لا عينها والقيمة مجهولة لانها تعرف بالحزر والظن فيصير الربح مجهولاً فيؤدي الى المنازعة عند القسمة وهذا المعنى لا يوجد في الدراهم والدنانير لان رأس المال من الدراهم والدنانير عند القسمة عينها فلا يؤدي الى جهالة الربح ولان النبي عايه الصلاة والسلام نهى عن ربح ما لم يضمن والشركة في العروض تؤدي الى ربح ما لم يضمن لان العروض غير مضمونة بالهلاك فان من اشترى شيئاً بعرض بعينه فهلك العرض قبل التسليم لا يضمن شيئاً آخر لان العروض تتعين بالتعيين فيسقط البيع فاذا لم تكن مضمونة فالشركة فيها تؤدي الى ربح ما لم يضمن وانه منهي بخلاف الدراهم والدنانير فانها مضمونة بالهلاك لانها لاتتعين بالتعيين فالشركة فيها لا تؤدي الى ربح ما لم يضمن بل يكون ربح ما ضمن والحيلة في جواز الشركة في العروض وكل ما يتعين بالتعيين أن يبيع كل واحد منهما نصف ماله بنصف مال صاحبه حتى يصير مال كل واحد منهما نصفين وتحصل شركة ملك بينهما ثم يعقدان بعد ذلك عقد الشركة فتجوز بلا خلاف ولو كان من أحدهما درهم ومن الآخر عرض فالحيلة في جوازه أن يبيع صاحب العروض نصف عرضه بنصف درهم صاحبه ويتقاضوا ويخلطوا جميعاً حتى يصير الدراهم بينهما والعروض بينهما ثم يعقدان عليهما عقد الشركة فيجوز وأما التبرع فيلحق رأس مال الشركة ذكر في كتاب الشركة وجعله كالعروض وفي كتاب الصرف جعله كالاثمان المطلقة لانه قال فيه اذا اشترى به فملك لا يفسخ العقد والا مر فيه موكل الى تعامل الناس فان كانوا يتعاملون به فحكمه حكم الاثمان المطلقة فتجوز الشركة بها وان كانوا لا يتعاملون بها فحكمها حكم العروض ولا تجوز فيها الشركة (وأما) القلوس فان كانت كاسدة فلا تجوز الشركة ولا المضاربة بها لانها عروض وان كانت نافقة فكذلك في الرواية المشهورة عن أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد تجوز والكلام فيها مبني على أصل وهو ان القلوس الرائجة ليست أثماناً على كل حال عند أبي حنيفة وأبي يوسف لانها تتعين بالتعيين في الجملة وتصير مبيعاً باصلاح العاقلين حتى جاز بيع القلوس بالفلسين باعيانها عندهما فاما اذا لم تكن أثماناً مطلقة لا حتمها لتعيين بالتعيين في الجملة في عقود المفاوضات لم تصلح رأس مال الشركة كسائر العروض وعند محمد الثمنية لازمة للقلوس النافقة فكانت من الاثمان المطلقة ولهذا أنى جواز بيع الواحد منها باثنين فتصلح رأس مال الشركة كسائر الاثمان المطلقة من الدراهم والدنانير وروى عن أبي يوسف انه تجوز الشركة بالقلوس ولا تجوز المضاربة ووجهه ان المانع من جواز المضاربة جهالة الربح عند القسمة على تقدير الكساد لانه لا بد من تعيين رأس المال عند القسمة فاذا كسدت صار رأس المال قيمة والقيمة مجهولة لانها تعرف بالحزر والظن وهذا المعنى لا يوجد

في الشركة لانهم عند الكساد يأخذان رأس المال عدد الاقيمة فكان الربح معلوما (وأما) الشركة بالمكيلات والموزونات التي ليست بأثمان مطلقة والعدييات المتقاربة التي لا تتفاوت فلا تجوز قبل الخلط في قولهم جميعا لانها انما تتعين بالتعيين اذا كانت عينا فكانت كالعروض ولان الوكالة التي تتضمنها الشركة فيها لا تصح قبل الخلط ألا يرى انه لو قال آخر قبل الخلط بيع حنطتك على أن يكون ثمنها بيننا لم يحجز وسواء كانت الشركة من جنسين أو من جنس واحد وأما بعد الخلط فان كانت الشركة في جنسين مختلفين لا تجوز في قولهم جميعا لان الحنطة اذا خلطت بالشعير خرجت من أن تكون ثمنا بدليل ان مستهلكها يضمن قيمتها لا مثلها وان كانت من جنس واحد فكذلك عند أبي يوسف لا تصح وانما تصير شركة ملك وعند محمد تصح الشركة فيها بعد الخلط وفائدة الاختلاف تظهر فيها اذا كان المكيل نصفين وشرط الربح أثلاثا فخلطاه واشترى به فعلى قول أبي يوسف الربح بينهما على قدر المالكين نصفين وعلى قول محمد على ما شرطه قول أبي يوسف مطرد على الاصل الذي ذكرنا ان المكيلات والموزونات والمعدودات المتقاربة ليست أثمانا على كل حال بل تكون نارة ثمنا وتارة مبيعا لانها تتعين بالتعيين في الجملة فكانت كالفلوس (ووجه) التخرج لمحمد ان معنى الوكالة التي تتضمنها الشركة ثابت بعد الخلط فاشبهت الدرهم والدنانير بخلاف ما قبل الخلط لان الوكالة التي من مقتضيات الشركة لا يصح فيها قبل الخلط والحيلة في جواز الشركة بالمكيلات وسائر الموزونات والعدييات المتقاربة على قول أبي يوسف أن يخلط حتى تصير شركة ملك بينهما ثم يعقد عليها عقد الشركة فيجوز عنده أيضا (ومنها) أن يكون رأس مال الشركة عينا حاضرا لا دينيا ولا مالا غائبا فان كان لا تجوز عنانا كانت أو مفاوضة لان المقصود من الشركة الربح وذلك بواسطة التصرف ولا يمكن في الدين ولا المال الغائب فلا يحصل المقصود وانما يشترط الحضور عند الشراء لا عند العقد لان عقد الشركة يتم بالشراء فيعتبر الحضور عند محتى لودفع الى رجل ألف درهم فقال له اخرج مثلها واشتر بهما بوبع فاربحت يكون بينهما فاقام المأمور البيعة انه فعل ذلك جاز وان لم يكن المال حاضرا من الجانبين عند العقد لما كان حاضرا عند الشراء وهل يشترط خلط المالين وهو خلط الدرهم بالدنانير أو الدنانير بالدرهم قال أصحابنا الثلاثة لا يشترط وقال زفر يشترط وبه أخذ الشافعي رحمه الله وعلى هذا الاصل يبنى ما اذا كان المالان من جنسين بان كان لاحدهما درهم والاخر دنانير ان الشركة جائزة عندنا خلافا لهما وكذلك اذا كانا من جنس واحد لكن بصفتين مختلفتين كالصالح مع المكسرة أو كانت دراهم أحدهما بيضاء والاخر سوداء وعلة ذلك في شركة العنان فهو على هذا الخلاف وروى عن زفر ان الخلط شرط في المفاوضة لا في العنان ولكن الطحاوي ذكر انه شرط فيهما عند زفر (وجه) قوله ان الشركة تنبى عن الاختلاط والاختلاط لا يتحقق مع تميز المالين فلا يتحقق معنى الشركة ولان من أحكام الشركة ان الهلاك يكون من المالين وما هلك قبل الخلط من أحد المالين يهلك من مال صاحبه خاصة وهذا ليس من مقتضى الشركة (ولنا) ان الشركة تشتمل على الوكالة فاجاز التوكيل به جازت الشركة فيه والتوكيل جائز في المالين قبل الخلط كذا الشركة (وأما) قوله الشركة تنبى عن الاختلاط فسلم لكن على اختلاط رأس المال أو على اختلاط الربح فهذا مما لا يتعرض له لفظ الشركة فيجوز أن يكون تسميته شركة لا اختلاط الربح لا اختلاط رأس المال واختلاط الربح بوجود وان اشترى كل واحد منهما بمال نفسه على حدة لان الزيادة وهي الربح تحدث على الشركة (وأما) ما هلك من أحد المالين قبل الخلط فانما كان من نصيب صاحبه خاصة لان الشركة لا تتم الا بالشراء فما هلك قبله هلك قبل تمام الشركة فلا تعتبر حتى لو هلك بعد الشراء باحدهما كان الهالك من المالين جميعا لانه هلك بعد تمام العقد (وأما) تسليم رأس مال كل واحد منهما الى صاحبه وهو التخلية بين ماله وبين صاحبه فليس بشرط في العنان والمفاوضة جميعا وانه شرط لصحة المضاربة والفرق بينهما يذكري في كتاب المضاربة (ومنها) ما هو مختص بالمفاوضة وهو أن يكون لكل من الشريكين أهلية الكفالة بان يكونا حريين عاقلين لان من أحكام المفاوضة ان كل ما يلزم لاحدهما من حقوق ما يتجران فيه يلزم

الآخر ويكون كل واحد منهما فيما وجب على صاحبه بمنزلة الكفيل عنه لئلا يذكر فلا بد من أهلية الكفالة وشرائط أهلية الكفالة تطلب من كتاب الكفالة (ومنها) المساواة في رأس المال قدر ما هو شرط صحة المفاوضة بلا خلاف حتى لو كان المالان متفاضلين قدر لم تكن مفاوضة لأن المفاوضة تنبئ عن المساواة فلا بد من اعتبار المساواة فيها ما أمكن وكذا القيمة في الرواية المشهورة حتى لو كان أحدهما محاسنا والآخر مكسرة أو كان أحدهما ألغابيا والآخر ألفاسوداء أو بينهما فضل قيمة في الصرف لم تجز المفاوضة في الرواية المشهورة لأن زيادة القيمة بمنزلة زيادة الوزن فلا تثبت المساواة التي هي من مقتضى العقد وروى اسمعيل بن حماد عن أبي يوسف أن أحدي الغنيين إذا كانت أفضل من الأخرى جاز وكانت مفاوضة لأن الجودة في أموال الرابح بالقيمة لها شرعا عندما يتماثلها بجنسها فاستطاعت اعتبار الجودة فصارت كأنها على صفة واحدة وهل تشتط الحانسة في رأس المال بأن يكون كل واحد منهما دراهم أو يكون كل واحد منهما دنانير فعلى الرواية المشهورة لا تشتط حتى لو كان أحدهما دراهم والآخر دنانير جازت المفاوضة في الرواية المشهورة بعد أن استوى في القيمة ولا خلاف في أنهما إذا لم يستويا في القيمة لم تكن مفاوضة وروى عن أبي حنيفة عليه الرحمة أنه لا تكون مفاوضة وإن استوى في القيمة (وجه) هذه الرواية أن عند اختلاف الجنس لا تعرف المساواة بينهما في القيمة لأن القيمة تعرف بالحزر والظن وتختلف باختلاف المقومين فلا تعرف بالمساواة والصحيح هو الرواية المشهورة لأنهما من جنس الأثمان فكانت الحانسة ثابتة في الثمنية (ومنها) أن لا يكون لأحد المتفاوضين ما يصح فيه الشركة ولا يدخل في الشركة فإن كان لم تكن مفاوضة لأن ذلك يمنع المساواة وإن تفاضلا في الأموال التي لا تصح فيها الشركة كالعروض والعقار والدين جازت المفاوضة وكذا المال الغائب لأن ما لا تنعقد عليه الشركة كان وجوده والعدم بمنزلة وكان التفاضل فيه كالتفاضل في الأرز واج والاولاد (ومنها) المساواة في الربح في المفاوضة فإن شرط التفاضل في الربح لم تكن مفاوضة لعدم المساواة (ومنها) العموم في المفاوضة وهو أن يكون في جميع التجارات ولا يختص أحدهما بتجارة دون شريكه لما في الاختصاص من إبطال معنى المفاوضة وهو المساواة وعلى هذا يخرج قول أبي حنيفة ومحمد عليهما الرحمة أنه لا تجوز المفاوضة بين المسلم وبين الذمي لأن الذمي يختص بتجارة لا يجوز ذلك للمسلم وهي التجارة في الخمر والخنزير فلم يستويا في التجارة فلا يتحقق معنى المفاوضة وعند أبي يوسف يجوز لا استوائهما في أهلية الوكالة والكفالة ويجوز مفاوضة الذميين لا استوائهما في التجارة (وأما) مفاوضة المسلم والمرتد ذكر الكرخي أنها غير جائزة وكذا روى عيسى بن أبان عن أبي حنيفة رحمه الله لأن تصرفات المرتد متوقفة عنده لوقوف أملا كما فلا يساوي المسلم في التصرف فلا تجوز كما لا تجوز بين المسلم والذمي وذكر محمد في الأصل وقال قياس قول أبي يوسف أنه يجوز يعني قياس قوله في الذمي ولا يبي يوسف أنه يفرق بينهما من حيث أن ملك المرتد ناقص لكونه على شرف الزوال ألا ترى أن قاضيا لو قضى ببطالان تصرفه و زال ملكه ينفذ قضاؤه وإذا كان ناقص الملك والتصرف نزل بمنزلة المكاتب بخلاف الذمي ولو فاضل مسلم مرتد ذكر الكرخي أنه لا تجوز وقال القدوري رحمه الله وهو ظاهر على أصل أبي حنيفة ومحمد لأن الكفر عندهما يمنع انعقاد المفاوضة بين المسلم والكافر (وأما) أبو يوسف فالكفر عنده غير مانع وإنما المانع نقصان الملك والتصرف وهذا لا يوجد في المرأة وأما مفاوضة المرتدين أو شركتهما شركة العنان فذلك موقوف عند أبي حنيفة على ما أصله في عقود المرتدين أموقوفه فإن أسما جاز عقدهما وإن قسلا على ردتهم أو ماتا أو لحق بدار الحرب بطل (وأما) على قولهما فشركة العنان جائزة لأن عقودهما نافذة (وأما) مفاوضتهما فقد ذكر القدوري رحمه الله وقال ينبغي أن لا تجوز أما عند أبي يوسف فلأن نقصان الملك يمنع المفاوضة كالمكاتب ومملكتهم ناقصة لما ذكرنا فصارا كالمكاتبين (وأما) عند محمد فلأن المرتد عنده بمنزلة المرتد مرض الموت وكفالة المريض مرض الموت لا تصح إلا من الثلث والمفاوضة تقتضي جواز الكفالة على الإطلاق وإن شارك مسلم مسلما ثم ارتد أحدهما فقتل أو مات أو لحق بدار الحرب بطلت الشركة وإن رجع قبل ذلك فهما

على الشركة لأنه إذا قتل أو مات أو لحق بدار الحرب زالت أملا كما عند أبي حنيفة من حين ارتد فكانه مات فبطلت شركته وإن أسلم فقد زال التوقف وجعل كان الردة لم تكن ولهذا قال أبو حنيفة إن المرتد منهما إذا أقر ثم قتل لم يلزم إقراره شريكه لأن الملك يحكم بزواله من وقت الردة فقد أقر بعد بطلان الشركة (وأما) على قولهما فإقراره جائز على شريكه وكذا بيعه وشراؤه لأن الشركة عندهما إنما بطلت بالقتل أو بالخلاق فكانت باقية قبل ذلك فنفذ تصرفه وإقراره ويكره للمسلم أن يشارك الذي لأنه يباشر عقود التجوز في الإسلام فيحصل كسبه من محظور فيكره ولهذا كرهه توكيل المسلم الذي ولو شاركه شركة عنان جاز كإلوه وكله (ومنها) لفظ المفاوضة في شركة المفاوضة كذا روى الحسن عن أبي حنيفة أنه لا تصح شركة المفاوضة إلا بلفظ المفاوضة وهو قول أبي يوسف ومحمد لأن للمفاوضة شرائط لا يجمعها إلا لفظ المفاوضة أو عبارة أخرى تقوم مقامها والعوام قلما يفنون على ذلك وهذه العقود في الأعم الأغلب تجري بينهم فإن كان العاقد ممن يقدر على استيفاء شرائطها بلفظ آخر يصح وإن لم يذكر لفظها لأن العبرة في العقود لمعانيها لا عين الالفاظ وفي كل موضع فقد شرط من الشروط بالمفاوضة كانت الشركة عنانا لأن المفاوضة تضمنت العنان وزيادة بطلان المفاوضة لا يوجب بطلان العنان ولأن فقد شرط في عقد ما يوجب بطلانه إذا كان العقد ما يقف محته عليه ولا يقف بحجة العنان على هذه الشرائط فقد انما لا يوجب بطلانه (وأما) شركة العنان فلا يراعى لها شرائط المفاوضة فلا يشترط فيها أهلية الكفالة حتى تصح ممن لا تصح كفالته من الصبي المأذون والعبد المأذون والمكاتب ولا المساواة بين رأس المال فيجوز جمع تفاضل الشريكين في رأس المال ومع أن يكون لأحدهما مال آخر يجوز عقد الشركة عليه سوى رأس ماله الذي شاركه صاحبه فيه ولا أن يكون في عموم التجارات بل يجوز عام وهو أن يشترط في عموم التجارات وخصوصا وهو أن يشترط في شيء خاص كالزجر والرقيق والثياب ونحو ذلك لأن اعتبار هذه الشرائط في المفاوضات لدلالة اللفظ عليها وهو معنى المساواة ولم يوجد في العنان ولا لفظة المفاوضة لأن اعتبارها في المفاوضة لدلالة اللفظ عليها لا يشترط في العنان فلا حاجة إلى لفظة المفاوضة ولا إلى لفظة العنان أيضا لأن كل أحد يقدر على لفظ يؤدي معناه بخلاف المفاوضة ولا المساواة في الربح فيجوز متفاوتا ومتساويا بالمال أو بالأصل أن الربح إنما يستحق عندنا بالمال وأما بالعمل وأما بالضمان أمثوبت الاستحقاق بالمال فظاهر لأن الربح نماء رأس المال فيكون للمالك ولهذا يستحق رب المال الربح في المضاربة وأما بالعمل فإن المضارب يستحق الربح بعمله فكذا الشريك وأما بالضمان فإن المال إذا صار مضمونا على المضارب يستحق جميع الربح ويكون ذلك بمقاولة الضمان خراجا بضمان بقول النبي عليه الصلاة والسلام الخراج بالضمان فإذا كان ضمانه عليه كان خراج له والدليل عليه أن صانعا قبل عملا بأجر ثم لم يعمل بنفسه ولكن قبله لغيره بأقل من ذلك طاب له الفضل ولا سبب لاستحقاق الفضل إلا بالضمان فثبت أن كل واحد منهما سبب صالح لاستحقاق الربح فإن لم يوجد شيء من ذلك لا يستحق بدليل أن من قال لغيره تصرف في ملكك على أن لي بعض ربحه لم يجز ولا يستحق شيئا من الربح لأنه لا مال ولا عمل ولا ضمان إذا عرف هذا فنقول إذا شرط الربح على قدر المالكين متساويا أو متفاوتا فلا شك أنه يجوز ويكون الربح بينهما على الشرط سواء شرط العمل عليهما أو على أحدهما والوضعية على قدر المالكين متساويا أو متفاوتا لأن الوضعية اسم لجزءها لك من المال فيقدر بقدر المال وإن كان المالان متساويين فشرط لأحدهما فضلا على ربح ينظر أن شرط العمل عليهما جميعا جاز والربح بينهما على الشرط في قول أصحابنا الثلاثة وعند زفر لا يجوز أن يشترط لأحدهما أكثر من ربح ماله وبه أخذ الشافعي رحمه الله ولا خلاف في شركة الملك أن الزيادة فيها تكون على قدر المال حتى لو شرط الشريك أن يكون ملك ماشية لأحدهما فضلا من أولادها وألبانها لم تجز بالاجماع والكلام بيننا وبين زفر بناء على أصل وهو أن الربح عنده لا يستحق إلا بالمال لأنه نماء الملك فيكون على قدر المال كالأولاد والألبان (وأما) عندنا فالربح تارة يستحق بالمال وتارة بالعمل وتارة بالضمان على ما بيننا وسواء عملا جميعا أو عمل أحدهما دون الآخر فالربح بينهما يكون على

الشرط لان استحقاق الربح في الشركة بالاعمال بشرط العمل لا بوجود العمل بدليل ان المضارب اذا استعان برب المال استحق الربح وان لم يوجد منه العمل لوجود شرط العمل عليه والوضيعة على قدر المالكين لما قلنا وان شرطا العمل على أحدهما فان شرطاه على الذي شرطاه ففضل الربح جاز والربح بينهما على الشرط فيستحق ربح رأس ماله بماله والفضل بعمله وان شرطاه على أقلهما ربحا لم يجز لان الذي شرطاه الزيادة ليس له في الزيادة مال ولا عمل ولا ضمان وقد بينا ان الربح لا يستحق الا بأحد هذه الاشياء الثلاثة وان كان المالكان متفاضلين وشرطا التساوي في الربح فهو على هذا الخلاف ان ذلك جائز عند أصحابنا الثلاثة اذا شرطوا العمل عليهما وكان زيادة الربح لأحدهما على قدر رأس ماله بعمله وانه جائز وعلى قول زفر لا يجوز ولا بد أن يكون قدر الربح على قدر رأس المالكين عنده وان شرطوا العمل على أحدهما فان شرطاه على الذي رأس ماله أقل جاز ويستحق قدر ربح ماله بماله والفضل بعمله وان شرطاه على صاحب الاكثر لم يجز لان زيادة الربح في حق صاحب الاقل لا يقابلها مال ولا عمل ولا ضمان (وأما) العلم بمقدار رأس المال وقت العقد فليس بشرط لجواز الشركة بالاموال عندنا وعند الشافعي رحمه الله شرط (وجه) قوله ان جهالة قدر رأس المال تؤدي الى جهالة الربح والعلم بمقدار الربح شرط لجواز هذا العقد فكان العلم بمقدار رأس المال شرطا (ولنا) ان الجهالة لا تمنع جواز العقد لعمليهما بل لا فضائها الى المنازعة ووجهالة رأس المال وقت العقد لا تنفي الى المنازعة لانه يعلم مقداره ظاهر او غالبا لان الدراهم والدنانير تو زان وقت الشراء فيعلم مقدارها فلا يؤدي الى جهالة مقدار الربح وقت القسمة (وأما) الشركة بالاعمال فاما المفوضة منها (فن) شرائها أهلية الكفالة (ومنها) التساوي في الاجر (ومنها) مراعاة لفظ المفوضة لما ذكرنا في الشركة بالاموال اما العنان منها فلا يشترط لها شيء من ذلك وانما تشترط أهلية التوكيل فقط كذا روى أبو يوسف عن أبي حنيفة رحمه الله انه قال مات تجوز فيه الو كالة تجوز فيه الشركة وما لا تجوز فيه الو كالة لا تجوز فيه الشركة وعلى هذا تخرج الشركة بالاعمال في المباحات من الصيد والحطب والحشيش في البراري وما يكون في الجبال من الثمار وما يكون في الارض من المعادن وما أشبه ذلك بان اشترى كاعلى أن يصيد أو يحطبا أو يحتشا أو يستقي الماء ويبيعه على ان ما أصاب من ذلك فهو بينهما ان الشركة فاسدة لان الو كالة لا تنعقد على هذا الوجه ألا ترى انه لو وكل رجلا ليعمل له شيئا من ذلك لا تصبح الو كالة كذا الشركة فان تشاركوا فخذ كل واحد منهما شيئا من ذلك منفردا كان المأخوذ ملكا له لان سبب ثبوت الملك في المباحات الاخذ والاستيلاء وكل واحد منهما منفرد بالاخذ والاستيلاء فينفرد بالملك وان أخذه جميعا كان المأخوذ بينهما نصفين لاستوائهما في سبب الاستحقاق فيستويان في الاستحقاق فان أخذ كل واحد منهما على انفراد ثم خلطاه وباعاه فان كان مما يكال أو يوزن يقسم الثمن بينهما على قدر الكيل والوزن وان كان مما لا يكال ولا يوزن قسم الثمن بينهما بالقيمة يضرب كل واحد منهما بقيمة الذي له لان المكيل والموزون من الاشياء المتماثلة فتمكن قسمة الثمن بينهما على قدر الكيل والوزن فاما غير المكيل والموزون من الاشياء المتفاوتة فلا يمكن قسمة الثمن على عينها فيقسم على قيمتها وان لم يعلم الكيل والوزن والقيمة يصدق كل واحد منهما بما يدعيه الى النصف من ذلك مع اليقين على دعوى صاحبه لان الشيء في أيديهما واليد دليل الملك من حيث الظاهر والتساوي في دليل الملك بوجوب التساوي في الملك فان ادعى أكثر من النصف لا يقبل قوله الا ببينة فان عمل أحدهما وأعان الآخر في عمله بالجمع والربط فذلك كله للعامل ولا شيء للمعين لوجود السبب من العامل دون المعين وللمعين أجر مثله لا يجاوز به قدر المسمى له من النصف والثلث ونحو ذلك في قول أبي يوسف وقال محمد له أجر مثله بالغا ما بلغ (أما) وجوب أجر المثل للمعين فلانه استوفى منفعته بعقد فاسد وانه يوجب أجر المثل ثم قال أبو يوسف لا يجاوز به قيمة ما سمي وقاسه على سائر الاجارات الفاسدة لانه لا يزداد على المسمى هناك كذا هذا هنا والجامع بينهما انه رضي بانه لا يكون له زيادة على المسمى فلا يستحق وصار كمن قال لرجل بع هذا الثوب على ان لك نصف ثمنه فباعه كان له أجر المثل لا يجاوز به نصف الثمن كذا هذا وافرقت محمد بين هذا وبين سائر

الاجارات الفاسدة بان المسمى هناك قدر معلوم من الاجرة فكان الرضا به اسقاطاً لما زاد عليه والمسمى هناليس
بمعلوم بل هو معدوم لانه مسمى الان نصف الحطب أو ثلثه والرضا بغير المعلوم لا يتحقق فلم تكن هذه التسمية مسقطه
الزيادة على المسمى من أجر مثله وعلى هذا الاختلاف المضاربة الفاسدة اذا ربح المضارب فيها ان له أجر مثله
لا يتجاوز به المسمى من الربح في قول أبي يوسف وان لم يكن له ربح فلا شيء له وعند محمد له أجر مثله بالتمام بل ربح أو لم
يربح وستأتي المسئلة في كتاب المضاربة ولوان رجلاً اجلس في دكانه رجلاً يطرح عليه العمل بالنصف فالقيام
ان لا تجوز هذه الشركة لانها شركة العر وض لان من أحدهما العمل ومن الآخر الحانوت والحانوت من العر وض
وشركة العر وض غير جائزة وفي الاستحسان جائزة لان هذه شركة الاعمال لانها شركة التقبل وتقبل العمل من
صاحب الحانوت وعمل وشركة الاعمال جائزة بلا خلاف بين أصحابنا لان مبناها على الوكالة والوكالة على هذا الوجه
جائزة بان يوكل خياط أو قصار وكيلا يتقبل له عمل الخياطة والقصارة وكذا يجوز لكل صانع يعمل بأجر أن يوكل
وكيلا يتقبل العمل فان كان لهما كلب فارسلاه جميعاً كان ما أصاب بينهما لا يستوئهما في سبب الاستحقاق ولو كان
الكلب لاحدهما وكان في يده فارسلاه جميعاً فأصاب الكلب فهو لصاحبه خاصة لان ارسال الاجنبي لا عبرة به مع
ارسال المالك فكان ملحقاً بالعدم كان المالك أرسله وحده وان كان لكل واحد منهما كلب فأرسل كل واحد منهما
كلبه فأصابا صيداً واحداً كان بينهما نصفين لانهما تساوا في سبب الاستحقاق وان أصاب كلب كل واحد منهما
صيداً أعلى حدة كان له خاصة لانه ملكه بفعله فاخص به وعلى هذا يخرج ما اذا اشتترك رجلان ولا حدهما بغل
وللاخر بعير على أن يؤاجر اذلك فارزق الله تعالى من شيء فهو بينهما فأجرهما بأجر معلوم في عمل معلوم وحمل
معلوم ان هذه الشركة فاسدة ويقسم الاجر بينهما على مثل أجر البغل ومثل أجر البعير اما فساد الشركة فلان الوكالة
على هذا الوجه لا تصح الا ترى ان من قال لا آخر أجر بعيرك على أن تكون الاجرة بينهما لا تصح الوكالة كذا الشركة
ولان الشركة لا تصح في أعيان الحيوان فكذا في منافعها وأما قسمة الاجر بينهما على مثل أجر البغل ومثل أجر
البعير فلان الشركة اذا فسدت فالاجرة صحيحة لانها وقعت على منافع معلومة ببذل معلوم ومن حكم الاجرة أن تقسم
على قيمة المنافع كما يقسم الثمن على قيمة المبيعين المختلفين وان يؤاجر البغل والبعير ولكنهما تقبلا حمولة معلومة ببذل
معلوم فحمل الحمولة على ذلك فالاجر بينهما نصفين لان هذه شركة العمل لان الحمل صار مضموناً عليهما بالعقد بمنزلة
عمل الخياطة والقصارة فكان البذل بينهما على قدر الضمان وقد تساوا في الضمان فيتساوا في الاجرة ولا عبرة بزيادة
حمل البعير على البغل كيلا عبرة بكثرة عمل أحد الشريرين في شركة الصنائع لان البذل يقابل الضمان والبغل والبعير
هنا آلة لافاء العمل ولو أجر البعير بعينه كانت أجرته لصاحبه لا لصاحب البغل وكذا اذا أجر البغل بعينه كانت
الاجرة لصاحب البغل لا لصاحب البعير لان العقد وقع على منافع البعير والبغل باذن مالكهما فكانت الاجرة له فان
كان الآخر أعانه على الحمولة والنقلان كان للذي أعانه أجر مثله لانه استوفى منفعة شريكه بعقد فاسد ثم عند أبي
يوسف لا يجاوز به نصف الاجر الذي أجر به في قول أبي يوسف وقال محمد له أجر مثله بالتمام بل ربح على ما ذكرنا في
شركة الاحتطاب قصاران لا حدهما أداة القصارة وللاخر بيت اشتراك على أن يعمل بأداة هذا في بيت هذا على ان
النكسب بينهما نصفان كان ذلك جائز او كذلك الصاغة والخياطون والصباغون لان الاجر هنا ببذل عن العمل لا عن
الآلة وقد صار العمل مضموناً عليهما فكان بدلهما وكان أحدهما معيلاً للآخر بنصف الآلة والاخر معيلاً له
بنصف الدكان وهو نظير المسئلة المتقدمة وهي ان يتقبلا حمولة ويحملها على دابتهما ولو اشتراكا ولا حدهما دابة
وللاخر كاف وجوالقان على ان يؤاجر الدابة على ان أجرهما بينهما نصفين كانت الشركة فاسدة وأجر الدابة
لصاحبها وللاخر معه أجر مثله في قولهم جميعاً اما فساد الشركة فلما ذكرنا ان الوكالة على هذا الوجه لا تصح كذا الشركة
واما الاجر فلا بد من منافع الدابة فكانت لصاحبها وقد استوفى منافع آلة الاخر بعقد فاسد فكان عليه أجر مثلهما

ولو دفع دابة الى رجل ليؤجرها على ان الاجر بينهما كان ذلك فاسدا والاجر لصاحب الدابة وللاجر أجر مثله وكذلك السفينة والبيت لان الوكالة على هذا الوجه لا تصح فلا تصح الشركة والاجر لصاحب الدابة لان العاقد عقد على ملك غيره بأمره وللرجل أجر مثله لان صاحب الدابة استوفى منافعهما بعقد فاسد ولو كان دفع اليه الدابة ليباع عليها الطعام على ان الربح بينهما نصفان كان فاسدا والربح لصاحب المتاع ولصاحب الدابة أجر مثلها وكذا البيت لان الكسب حصل بعمله وقد استوفى منفعة الدابة بعقد فاسد فكان عليه أجرها ولا يشترط لصحة هذه الشركة اتحاق العمل ويجوز ان اتفقت اعمالها واختلفت كالتخياط مع القصار ونحو ذلك وهذا قول أصحابنا وقال زفر لا تجوز هذه الشركة الا عند اتحاق الصنعة كالقصارين والخباطين بناء على ان الشركة تجوز بالمالين المختلفين عندنا كذا بالعملين المختلفين وعنده لا تجوز بالمالين المختلفين فكذا بالعملين المختلفين والصحيح قولنا لان استحقاق الاجر في هذه الشركة بضمان العمل والعمل مضمون عليهما اتفق العملان أو اختلفا والله عز وجل أعلم (وأما) الشركة بالوجه فشرط المفاوضة منها أن يكونا من أهل الكفالة (ومنها) أن يكون الثمن بمشترك على كل واحد منهما نصفه وان يكون المشتري بينهما نصفين وان يكون الربح بينهما نصفين (ومنها) أن يتلفا بلقط المفاوضة لفصلنا فيما تقدم تمامه (وأما) شركة العنان منها فلا يشترط لها أهلية الكفالة ولا المساواة بينهما في ملك المشتري حتى لو اشتركا بوجوههما على أن يكون ما اشتريا أو أحدهما بينهما نصفين أو أثلاثا أو أرباعا وكيف ما شرط على التساوي والتفاضل كان جائزا وضمان ثمن المشتري بينهما على قدر ملكيهما في المشتري والربح بينهما على قدر الضمان فان شرط أحدهما فضل ربح على حصته من الضمان فالشرط باطل ويكون الربح بينهما على قدر ضمانهما ثمن المشتري لان الربح في هذه الشركة انما يستحق بالضمان فيتقدر بقدر الضمان فاذا شرط لاحدهما أكثر من حصته من الضمان ونصيبه من الملك فهو شرط ملك من غير ربح ولا ضمان فلا تجوز فان قيل الربح كما يستحق بالملك والضمان يستحق بالعمل فجاز أن يستحق زيادة الربح بزيادة العمل كالمضارب والشريك شركة العنان فالجواب ان هذا مسلم اذا كان العمل في مال معلوم كما في المضاربة وشركة العنان ولم يوجد هنا فلا يستحق كمن قال لا خردفع اليك ألفا مضاربة على أن تعمل فيها بالنصف ولم يعين ألفا انه لا تجوز المضاربة لانه لم يشترط العمل في مال معين

فصل وأما حكم الشركة فاما شركة الاملاك فحكمها في النوعين جميعا واحدا وهو ان كل واحد من الشريكين كانه أجنبي في نصيب صاحبه لا يجوز له التصرف فيه بغير اذنه لان المطلق للتصرف الملك أو الولاية ولا لكل واحد منهما في نصيب صاحبه ولاية بالوكالة أو القرابة ولم يوجد شيء من ذلك وسواء كانت الشركة في العين أو الدين لما قلنا ولو كان بين رجلين دين على رجل من ثمن عبدا باهأما بألف درهم أو ألف بينهما أقرضاه اياه أو استهلك الرجل عليهما شيأ قيمته ألف درهم أو ورثا ديناً لرجل واحد عليه قبض أحدهما نصيبه أو بعض نصيبه فلا خرا أن يشاركه فيأخذ منه نصف ما قبضه والا صل في هذا ان الدين المشترك الثابت للشريكين بسبب واحد اذا قبض أحدهما شيأ منه فلا خرا أن يشاركه في المقبوض لان المقبوض مقبوض من النصيبين اذ لو جعل لاحدهما لكان ذلك قسمة الدين قبل القبض وانه غير جائز لان معنى القسمة وهو التمييز لا يتحقق فيما في الذمة فلا يتصور فيه القسمة ولهذا لم تصح قسمة العين من غير تمييز كصبرة من طعام بين شريكين قال أحدهما لصاحبه خذ منها لك هذا الجانب ولى هذا الجانب لا يجوز لانعدام التمييز فاذا لم يصح في العين من غير تمييز ففي الدين أولى ولان القسمة فيها معنى التملك لان ما من جزأين الا أحدهما ملكه والاخر ملك صاحبه فكان نصيب كل واحد منهما بعد القسمة بعض ملكه وبعضه عوضا عن ملكه فكان قسمة الدين تملك الدين من غير من عليه الدين وانه غير جائز فحمل المقبوض من النصيبين جميعاً للثلاث يؤدي الى ما قلنا وكان له أن يأخذ نصف ما قبضه صاحبه بعينه ليس للقبض أن يمنع عنه بأن يقول أنا أعطيك مثل نصف الدين لان نصف المقبوض مقبوض عن نصيبه فكان عين حقه فلا يملك القابض منعه وسواء كان

المقبوض مثل حقه أو أجود أو أردأ ما إذا كان أجود من حقه فلان الجودة لا عبرة بها في الجنس الواحد ألا ترى ان من عليه الردى إذا أعطى الجيد يجبر صاحب الدين على القبول فكان قبضه قبضاً لعين الحق وان كان أردأ فقبض الردى عن الجيد جائز لانه من جنس حقه وما قبض الشريك من شركه يكون قدر ذلك للقبض ديناً على الغريم ويكون ما على الغريم بينهما على قدر ذلك من الدين حتى لو كان الدين ألف درهم بينهما قبض أحدهما خمسمائة فجاء الشريك فأخذ نصفها كان للقبض ما بقي له على الغريم وذلك مائتان وخمسون ونكون الشريك باقية في الدين كما كانت لانه لم يأخذ شركه نصف المقبوض انتقض قبضه في نصف ما قبض وبقي الباقي من دينه على حاله فان أخرجه القابض عن يده بان وهبه أو باعه أو قضى ديناً عليه أو استهلكه بوجه من الوجوه فليس شركه أن يضمه نصف ما قبض لانه أ تلف عليه ما قبضه من نصيبه فكان له أن يضمه فان لم يقبض أحد الشريكين شيئاً ولكن أبرأ الغريم من حصته جازت البراءة ولا يضمن لشريكه شيئاً لانه لم يقبض شيئاً من الدين بل أ تلف حصته لا غير فلا يضمن فان أبرأه أحدهما عن مائة درهم ثم خرج من الدين شيء اقتسماه بينهما على قدر مال كل واحد منهما على الغريم فيكون المقبوض بينهما على تسعة أسهم لان أحدهما لم أبرأ الغريم من مائة درهم بقي له من الدين أربع مائة ولشريكه خمسمائة فيضربان في قدر المقبوض بتسعة أسهم وكذلك اذا كانت البراءة بعد القبض قبل أن يقتسمالا ان القسمة تقع على قدر حقهما فان اقتسما المقبوض نصفين ثم أبرأ أحدهما الغريم من مائة درهم فالقسمة ماضية ولا ينقض ابرأه بعد القسمة شيئاً مما اقتسماه لانهما اقتسما وملكهما سواء فزوال المساواة بعد ذلك لا يقدح في القسمة ولو لم يقبض أحدهما شيئاً ولكن اشتري بنصيبه ثوباً من الغريم فالشريك أن يضمه نصف ثمن الثوب ولا سبيل له على الثوب لانه إنما اشتري الثوب بثلث في ذمة الغريم لا بما له في ذمة الغريم لانه كما اشتري وجب ثمن الثوب في ذمته وله في ذمة الغريم مثله فصار ما في ذمته قصاصاً بدينه فصار كانه قبض نصف الدين فلا يكون له على الثوب سبيل فان اجتمعا جميعاً على الشركة في الثوب فهو جائز لانه قد وجب عليه نصف ثمنه فاذا سلم له نصفه بذلك ورضي شركه به صار كانه باع نصف الثوب منه فان لم يشترب بحصته شيئاً ولكن صالحه من حقه على ثوب وقبضه ثم طالبه شركه بما قبض فان القابض بالخيار ان شاء سلم اليه نصف الثوب وان شاء أعطاه مثل نصف حقه من الدين والخيار في ذلك الى القابض لان الصلح لم يوجب شيئاً على المصالح لانه عقد تبرع بمنزلة الهبة والابراء بخلاف الشراء الا أنه قبض ثوباً عن الدين المشترك فكان له أن يسلم نصفه الى الشريك وله ان يقول أنا أعطيك نصف حقتك من الدين لانه لا حق لك فيما زاد على ذلك وللشريك في هذه الوجوه كلها أن يسلم للشريك ما قبضه ويرجع بدينه على الغريم لان من حجته أن يقول ديني قد ثبت عليك بعقد المدايعة فتسليمك الى غيري لا يسقط مالي في ذمتك فان سلم للشريك ما قبض ثم توى الذي على الغريم فله أن يرجع على الشريك ويكون الحكم في هذه الوجوه كلها كالحكم فيما اذا لم يسلم الا وجهاً واحداً وهو أنه اذا أراد أن يأخذ من يد صاحبه بعد ما قبض من الدراهم بعينها لم يكن له ذلك ولصاحبه أن يمنعه عنها ويعطيه مثلها لان المقبوض في الاصل كان عن حق مشترك وانما سلم به الشريك المقبوض للقبض ليس له ما في ذمة الغريم فاذا لم يسلم بقي حقه في المقبوض كما كان الا أنه ليس له في هذا الوجه ان يرجع الى عين تلك الدراهم لانه أسقط حقه عن عينها بالتسليم حيث أجاز تلك القابض لها فسقط حقه عن عينها وانما تجدد له ضمان آخر بتوابعه فثبت ذلك في ذمة القابض كسائر الديون فان أخر أحدهما نصيبه لم يحجز تأخير في قول أبي حنيفة رحمه الله ويجوز عند أبي يوسف ومحمد ولا خلاف في انه لا يجوز تأخير في نصيب شركه لانه لم يملكه ولا تولى هذا العقد فيه وأما في نصيب شركه فهو على الخلاف (وجه) قوله ان نصيبه مملوك فيملك التصرف فيه ولهذا ملك التصرف فيه اسقاطاً بالابراء فالتأخير أولى لانه دونه ولا يبي حنيفة رحمه الله ان تأخير نصيبه قسمة الدين قبل القبض وانها غير جائزة والدليل على أن التأخير قسمة الدين انه وجد أثر القسمة وهو ان كل واحد من الشريكين بنصيبه على وجهه لا يكون للاخر فيه

حق وقسمة الدين قبل القبض لا تجوز لانه لا يحتمل معنى القسمة وهو التميز إذ هو اسم للفعل أو مال حكى في الذمة بخلاف الإبراء فانه ليس فيه أثر القسمة ومعناها بل هو اتلاف لنصيبه فان قيل قسمة الدين تصرف في الدين والتأخير ليس تصرفا في الدين بل في المطالبة بالسقاط فالجواب ان التأخير تصرف في الدين والمطالبة جميعا لانه يوجب تغيير الدين عما كان عليه لان الدين قبله كان على صفة لو قبض أحدهما نصيبه كان للآخر ان يشاركه فيه وبعد التأخير لا يبقى له حق المشاركة مادام الاجل قائما ثم فرع على قولهما فقال اذا قبض الشريك الذي لم يؤخر نصيبه لم يكن للذي أخر ان يشاركه فيما قبض حتى يحل دينه فان حل دينه فله ان يشاركه ان كان قائما وان كان مستهلكا ضمنه صاحبه لان الاجل يمنع ثبوت المطالبة فلا يكون له حق في المقبوض فاذا حل صار كأنه لم يزل حالا فتثبت له الشركة فان لم يقبض الاخر شيئا حتى حل دين الذي أخر عاد الامر الى ما كان فاقبض أحدهما من شيء يشاركه الاخر فيه لان الدين لما حل فقد سقط الاجل فصار كما كان قبل التأجيل ولو كان الدين بين شريرين على امرأة فتر وجهها أحدهما على نصيبه من الدين فقد روى بشر عن أبي يوسف ان لشريكه أن يرجع عليه بنصف حقه من ذلك وروى بشر عنه أيضا انه لا يرجع وهو رواية محمد عن أبي يوسف (وجهه) الرواية الاولى ان النكاح أوجب المهر في ذمته وله في ذمتها مثله فصار قصاصا بدينه فصار كأنه قبض نصف الدين فكان له أن يرجع بنصف حقه كما لو اشترى منها ثوبا بنصيبه من الدين (وجهه) الرواية الاخرى أن من شرط وجوب الضمان عليه لشريكه أن يسلم له ما يحتمل المشاركة ولم يوجد فلا يضمن لشريكه كما لو أبرأها عن نصيبه ولو استأجر أحد الشريرين نصيبه فان شريكه يرجع عليه في قولهم جميعا لان الاجرة في مقابلتها بدل مضمون بالعقد فأشبه البيع وكذا الذي سلم له وهو المنفعة قابل للشركة فكان له أن يضمه وروى بشر عن أبي يوسف ان أحد الطالبين اذا شجع المطلوب وموعدة عمدا فصالحه على حصته لا يلزمه شيء لشريكه لانه لم يسلم له ما يمكن المشاركة فيه لان الصلح عن جناية عمد ليس في مقابلته بدل مضمون فلم يسلم ما تصح المشاركة فيه فلا يلزمه شيء واما اذا استهلك أحد الطالبين على المطلوب مالا فصارت قيمته قصاصا بدينه أو اقترض منه شيئا بقدر نصيبه من الدين فلشريكه أن يرجع عليه لان قدر القرض وقيمة المستهلك صار قصاصا بدينه والاقتصاص استيفاء الدين من حيث المعنى فصار كأنه استوفى حقه ولو كان وجب للمطلوب على أحد الطالبين دين بسبب قبل أن يجب لهما عليه الدين فصار ما عليه قصاصا بما لا أحد الطالبين فلا ضمان على الذي سقط عنه الدين لشريكه لانه ما استوفى الدين بل قضى ديننا كان عليه اذا اصيل في الدينين اذا التقيا قصاصا أن يصير الاول مقضيا بالثاني لانه كان واجب القضاء قبل الثاني واذا لم يكن مستوفيا للدين لم يكن له المشاركة إذ المشاركة تثبت في القدر المستوفى وذكر ابن سبيعة في نوادره عن محمد لو ان أحد الغريمين اللذين لهما المال قتل عبد المطلوب فوجب عليه القصاص فصالحه المطلوب على خمسمائة درهم كان ذلك جائزا وبرى من حصه القاتل من الدين وكان لشريك القاتل أن يشاركه في أخذ منه نصف الخمسمائة وكذلك لو تزوج المرأة الغريمة على خمسمائة مرسلة أو استأجر الغريم بخمسمائة مرسلة فرق بين هذا وبين ما اذا صالح على نفس الدين أو تزوج به (وجهه) الفرق ان العقد هنا هو الصلح والنكاح وقع على ما في الذمة وانه يوجب المقاصة فكان استيفاء الدين معنى بمنزلة الاستيفاء حقيقة بخلاف الصلح على نفس الدين والتزوجه فان العقد هناك ما وقع على ما في الذمة مطلقا لا ترى ان العقد هناك أضيف الى نفس الدين فلم تقع المقاصة ولم يسلم له أيضا ما يحتمل الاشتراك فيه فلا يرجع وذكر علي بن الجعد عن أبي يوسف انه لو مات المطلوب وأحد الشريرين وارثه وترك مالا ليس فيه وفاء اشتراكا بالخصص لان الدين يمنع انتقال الملك الى الورثة لقوله تعالى من بعد وصية يوصي بها أو دين رتب الميراث على الدين فلم ينتقل الملك الى الوارث فلا يسقط دينه وكان دين الوارث والاجني سواء ولو أعطى المطلوب لاحدهما رهنًا بحصته فهلك الرهن عنده فلشريكه أن يضمه لان قبض الرهن قبض استيفاء وبه لاله الرهن يصير مستوفيا للدين حكما فكان كالاستيفاء حقيقة ولو غصب أحد الشريرين

المطلوب عبد افات عنده فليشريكه أن يضمه لانه صار ضامنا لقيمة العبد من وقت الفصب فذلك المصوب من ذلك الوقت بطريق الظهور والاستناد ولو ذهبت احدى عيني العبد بأفة سماوية في ضمان الغاصب فردة لم يرجع شريكه عليه بشئ لانه لم يسلم له ما يمكن المشاركة فيه لانه لم يملك المضمون فلا يضمن لشريكه شيئا بخلاف نفس العبد لانه ملكها بالضمان فسلم له ما يمكن المشاركة فيه فيضمن لشريكه وكذلك العبد المرهون اذا ذهبت احدى عينيه بأفة سماوية وكذا لو اشترى احد الشريكين من الغريم عبدا فاسدا وقضيه فوات في يده أو باعه أو اعتقه انه يضمن لشريكه كما يضمن في الفصب ولو ذهبت عينه بأفة سماوية فردة لم يضمن لشريكه شيئا ويجب ذلك عليه من حصته من الدين خاصة والله عز وجل أعلم (وأما) شركة العقود فجملة الكلام فيها انها لا تخلو من أن تكون فاسدة أو صحيحة أما الصحيحة فاما الشركة بالاموال فنبين أحكام العنان منها والمفاوضة وما يجوز لا حد شريكي العنان والمفاوضة ان يعمل في مال الشركة وما لا يجوز أما العنان فلا حد شريكي العنان أن يبيع مال الشركة لانهما بعقد الشركة اذن كل واحد صاحبه ببيع مال الشركة ولان الشركة تتضمن الوكالة فيصير كل واحد منهما وكيل صاحبه بالبيع ولان غرضهما من الشركة الربح وذلك بالتجارة وما التجارة الا البيع والشراء فكان اقدامهما على العقد اذنا من كل واحد منهما لصاحبه بالبيع والشراء دلالة وله أن يبيع مال الشركة بالنقد والنسيئة لان الاذن بالبيع يقتضى الشركة وجد مطلقا ولان الشركة تنعقد على عادة التجار ومن عادتهم البيع نقد او نسيئة وله أن يبيع بقليل الثمن وكثيره لما قلنا لا بما لا يتغابن الناس في مثله لان المقصود من العقد وهو الاسترباح لا يحصل به فكان مستثنى من العقد دلالة وذكر القاضى في شرحه مختصر الطحاوى وجعله على الاختلاف في الوكالة بالبيع مطلقا انه يجوز عند أبي حنيفة وعندهما لا يجوز ولو باع أحدهما وأجل الآخر لم يجز تأجيله في نصيب شريكه بالاجماع وهل يجوز في نصيب نفسه فهو على الخلاف الذى ذكرنا في الدين المشترك اذا أخر أحدهما نصيبه هذا اذا عقد أحدهما وأجل الآخر فاما اذا عقد أحدهما ثم أجل العاقد فلا خلاف في أنه يجوز تأجيله في نصيب نفسه لانه مالك وعاقده وأما في نصيب شريكه فيجوز تأجيله في قول أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف لا يجوز والكلام فيه بناء على مسألة الوكيل بالبيع انه يملك تأخير الثمن والبراء عنه عندهما وعنده لا يملك (وجهه) البناء ظاهر لان العاقد في نصيب الشريك وكيل عنه وهى من مسائل كتاب الوكالة الا ان هناك اذا أخر يضمن من ماله للموكل عندهما وهنالا يضمن الشريك العاقد لان الشريك العاقد يملك أن يقابل البيع ثم يبيعه بنسيئة واذا لم يقابل وأخر الدين جاز والوكيل بالبيع لا يملك أن يقابل ويبيع بالنسيئة فاذا أخر يضمن وله يشترى بالنقد والنسيئة لما قلنا في البيع وهذا اذا كان في يده مال ناض للشركة وهو الدراهم والدنانير فاشترى بالدراهم والدنانير شيئا نسيئة وكان عنده شئ من المكيل والموزون فاشترى بذلك الجنس شيئا نسيئة فاما اذا لم يكن في يده دراهم ولا دنانير فاشترى بدراهم أو دنانير شيئا كان المشتري له خاصة دون شريكه لانهما لوجعلنا شراءه على الشركة لصار مستدينا على مال الشركة والشريك لا يملك الاستدانة على مال الشركة من غير أن يؤذن له بذلك كالمضارب لانه يصير مال الشركة أكثر مما رضى الشريك بالمشاركة فيه فلا يجوز من غير رضاه وكذلك لو كان عنده عروض فاشترى بالدراهم والدنانير نسيئة لان العروض لا تصلح رأس مال الشركة فكان الشراء بالانمان استدانة بخلاف ما اذا اشترى بها وفي يده مثلها لان ذلك ليس باستدانة وحكى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة انه اذا كان في يد أحد الشريكين دنانير فاشترى بدراهم جاز وقال زفر لا يجوز بناء على أن زفر يعتبر الجانسة في رأس مال الشركة حقيقة حتى أنى انعقاد الشركة في الدراهم مع الدنانير لا اختلاف الجنس حقيقة فيصير كانه اشترى بجنس ما في يده صورة بالدراهم وعنده عروض ونحن نعتبر الجانسة معنى وهو الثمنية وقد تجانسا في الثمنية فصار كانه اشترى بجنس ما في يده صورة ومعنى وله أن يبضع مال الشركة لان الشركة تنعقد على عادة التجار والا بضاع من عادتهم ولان أن يستأجر من يعمل في البضاعة بعوض فلا بضاع أولى لان استعمال البضعة في البضاعة بغير عوض وله أن يودع لان

الابداع من عادة التجار ومن ضرورات التجارة أيضا لانه لا بد للتاجر منه لانه يحتاج الى ذلك عند اعتراض أحوال تقع عادة لان له أن يستحفظ المودع بأجر فبغير أجر أولى وليس له أن يشارك الا أن يؤذن له بذلك لان الشئ لا يستتبع مثله فان شارك رجلا شركة عنان فما اشتراه الشريك فنصفه له ونصفه للشريك لان كان لا يملك الشركة في حق الشريك يملك التوكيل وعقد الشركة يتضمن التوكيل فكان نصف ما اشتراه بينهما وان اشترى الشريك الذي لم يشارك فما اشتراه يكون بينه وبين شريكه نصفين ولا شئ للاجنبي فيه لانه لم يملكه فبق ما اشتراه على حكم الشركة وقال الحسن بن زياد اذا شارك أحد شريكى العنان رجلا شركة مفوضة بغير محضر من شريكه لم تكن مفوضة وكانت شركة عنان لان المفوضة تقتضى فسخ شركة العنان لان المفاوض يجب أن يكون شريكه في كل المال وذلك لا يصح في حق شريكه فكان ذلك فسخا للشركة وهو لا يملك الفسخ مع غيبته وان كان بحضور من صاحبه صحت المفوضة وذلك ابطال لشركة العنان لانه يملك فسخ الشركة مع حضور صاحبه وليس له أن يخلط مال الشركة بمال له خاصة لان الخلط ايجاب حق في المال فلا يجوز الا في القدر الذي رضى به رب المال وهل له أن يدفع مال الشركة مضاربة ذكر محمد في الاصل عن أبي حنيفة انه له ذلك وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه ليس له ذلك (وجهه) رواية الحسن ان المضاربة نوع شركة لان رب المال مع المضارب يشتركان في الربح وهو لا يملك الشركة باطلاق العقد فلا يملك المضاربة (وجهه) ظاهر الرواية انه يملك أن يستأجر أجيرا يعمل في مال الشركة فلا يملك الدفع مضاربة أولى لان الاجير يستحق الاجر سواء حصل في الشركة ربح أو لم يحصل والمضارب لا يستحق شئاً بعمله الا اذا كان في المضاربة ربح فلما ملك الاستئجار فلا يملك الدفع مضاربة أولى والاستدلال بالشركة غير سديد لان الشركة فوق المضاربة لانها توجب الشركة في الاصل والفرع والمضاربة توجب الشركة في الفرع لافي الاصل والشئ يستتبع ما هو دونه ولا يستتبع ما هو فوقه أو مثله ولهذا لا يملك المضارب أن يدفع المال مضاربة بمطلق العقد لان المضاربة مثل المضاربة ويملك التوكيل لانه دون المضاربة والتوكيل لا يملك أن يوكل غيره باطلاق الوكالة لان الوكالة مثل الوكالة وله أن يعمل في مال الشركة كل ما للمضارب أن يعمل في مال المضاربة وسنذكره في كتاب المضاربة ان شاء الله تعالى لان تصرف الشريك أقوى من تصرف المضارب وأعم منه فان كان للمضارب أن يعمل فالشريك أولى وله أن يأخذ ما لا مضاربة ويكون ربحه له خاصة لان المضارب يستحق الربح بعمله فيختص به كما لو أجرة نفسه وله أن يوكل بالبيع والشراء استحسانا والقياس أن لا يجوز لان شريكه رضى برأيه ولم يرض برأى غيره (وجهه) الاستحسان ان الشركة تنعقد على عادة التجار والتوكيل بالبيع والشراء من عاداتهم ولان من ضرورات التجارة لان التاجر لا يمكنه مباشرة جميع التصرفات بنفسه فيحتاج الى التوكيل فكان التوكيل من ضرورات التجارة بخلاف الوكيل بالشراء لانه لا يملك أن يوكل غيره لانه لا يملك جميع التصرفات بل لا يملك الا الشراء فيمكنه مباشرة بنفسه فلا ضرورة الى أن يوكل غيره ولان الشركة أعم من الوكالة والوكالة أخص منها والشئ يستتبع دونه ولا يستتبع مثله وبخلاف ما اذا كانا شريكين في خادم أو ثوب خاصة انه ليس لاحدهما أن يوكل رجلا ببيعه وان وكل لم يجز في حصبة صاحبه لان ذلك شركة ملك وكل واحد من الشريكين في شركة الاملاك أجنبي عن صاحبه محجور عن التصرف في نصيبه لانعدام المطلق للتصرف وهو الملك والولاية على ما بينا فيما تقدم وله أن يوكل وكلاء ويدفع اليه مالا ويأمره أن ينفق على شئ من تجارتهما والمال من الشركة لما قلنا ان الشريك يملك التوكيل فكان تصرفه كتصرف الموكل فان أخرج الشريك الآخر الوكيل يخرج من الوكالة ان كان في بيع أو شراء وأجارة لان كل واحد منهما مالك التوكيل على صاحبه ملك العزل عليه ولان الموكل وكيل لشريكه فاذا وكل كان للموكل أن يعزل وكيله وان كان وكيله في تقاضى ما دأبه فليس للآخر اخراجه لانه لا يملك أن يوكل شريكه فلا يملك أن يعزل وكيله عنه وله أن يستأجر أجيرا لشيء من تجارتهما لان الاجارة من التجارة حتى يملكها المأذون في التجارة وهو من عادات التجار

أيضا ومن ضرورات التجارة أيضا لان التاجر لا يجرب دأمنه ولان المنافع عند ابراد العقد عليها تجري مجرى الاعيان فكان الاستعجار بمنزلة الشراء وهو يملك الشراء فيملك الاستعجار والاجر يكون على المستأجر يطالب به دون شريكه لانه العاقد لا شريكه وحقوق العقد ترجع الى العاقد ويرجع على شريكه بنصف الاجرة لانه وكيله في العقد وله أن يرهن متاعاً من الشركة بدين وجب بعقده وهو الشراء وان يرهن بما باعه لان الرهن ايفاء الدين والارتهان استيفاءه وانه يملك الايفاء والاستيفاء فيملك الرهن والارتهان وذكر محمد في كتاب الرهن اذارهن أحدهما متاعاً من الشركة بدين عليها لم يجز وكان ضامناً للرهن ولوارثين بدين لهما اذ اناه وقبض لم يجز على شريكه وذلك محمول على ما اذارهن أحدهما بدين عليهما وجب بعقد هما لان الرهن ايفاء وكل واحد منهما لا يملك أن يوفي دين الآخر من ماله الا بأمره فلا يملك الرهن والارتهان واستيفاء أحدهما لا يملك استيفاء ثمن ما عقده شريكه لنفسه فلا يملك ارتهانه فان هلك في يده وقيمته والدين سواء ذهب بحصته لانه قبض الرهن بعقد فاسد والرهن الفاسد يكون مضموناً كالصحيح فكان مستوفياً حصته من الدين لانه كان يملك استيفاء حصته من الدين قبل الارتهان وان وليه غيره فاذا ارتهنه بجميع ذلك صار مستوفياً لجميع الدين فيصير مستوفياً حصته صورة فذهب الرهن بحصته وشريكه بالخيار ان شاء رجع بحصته على المطلوب ويرجع المطلوب بنصف قيمة الرهن على المرتهن وان شاء ضمن شريكه حصته من الدين لان قبض الرهن قبض استيفاء الدين فاذا هلك في يده تقرر استيفاء كل الدين ومن استوفى كل الدين المشترك بغير اذن شريكه كان لشريكه أن يرجع على الغريم بحصته ويرجع الغريم على القابض بما قبضه لانه انما سلم اليه ليملك ما في ذمته بما سلم ولم يملك فكان له أن يرجع كذا هنا للمطلوب أن يرجع بنصف قيمة الرهن على المرتهن وان شاء الشريك رجع عليه بنصف دينه لما ذكرنا ان أحد الشرعيين اذا استوفى الدين المشترك كله كان للشريك الآخر أن يرجع عليه بنصيبه وطريق ذلك ان نصف المقبوض وقع للقابض ولشريكه أن يشاركه فيه ومتى شاركه فيه فللقابض أن يرجع على المطلوب بذلك ثم يشاركه في ذلك أيضا هكذا يستوفى هو ويشاركه الآخر الى أن يستوفى الدين طعن عيسى بن أبان في هذه المسألة وقال يجب أن لا يضمن الشريك نصيب شريكه لان محمداً قال لو قال رجل لرجل اعطني رهناً بدين فلان الذي عليك فان أجازته جاز وان لم يجزه فلا ضمان على فأعطاه وهلك الرهن في يده لم يضمن وهذا الطعن في غير موضعه لان ذلك الرجل جعل الرهن في يد العدل لانه لما أخذ رهناً لغيره وشرط أن لا ضمان عليه فقد صار عدلاً وهلك الرهن في يد العدل لا يوجب الضمان لان قبضه ليس بقبض استيفاء وهما انما قبضه للاستيفاء والرهن المقبوض للاستيفاء مضمون فلم يصبح الطعن وله أن يحتال لان الحوالة من أعمال التجارة لان التاجر يحتاج اليها لاختلاف الناس في المسئلة والافلاس وكون بعضهم أملاً من بعض وفي العادة يختار الاملاً فالاملاً فكانت الحوالة وسيلة الى الاستيفاء فكانت في معنى الرهن في التوثيق للاستيفاء ولان الاحتيال عليك ما في الذمة بمثله فيجوز كالصرف وحقوق عقد تولاه أحدهما ترجع الى العاقد حتى لو باع أحدهما لم يكن للآخر أن يقبض شيئاً من الثمن وكذلك كل دين لزم انساناً بعقد وليه أحدهما ليس للآخر قبضه وللمدين أن يتمتع من دفعه اليه كالمشتري من الوكيل بالبيع له أن يتمتع عن دفع الثمن الى الموكل لان القبض من حقوق العقد وحقوق العقد تعود الى العاقد لان المدين لم يلزم الحقوق للمالك وانما التزمها العاقد فلا يلزمه ما لم يلزمه الا بتوكيل العاقد فان دفع الى الشريك من غير توكيل يرى من حصته ولم يبرأ من حصة الدين وهذا استحسان والقياس أن لا يبرأ الدافع (وجه) القياس ان حقوق العقد لا تتعلق بالقابض بل هو أجنبي عنها وانما تتعلق بالعاقد فكان الدافع الى القابض بغير حق فلا يبرأ (وجه) الاستحسان أنه لا فائدة في نقض هذا القبض اذ لو نقضناه لاحتمالنا اعادة لان المدين يلزمه دفعه الى العاقد والعاقد يرد حصة الشريك اليه فلا يفيد القبض ثم الاعادة في الحال وهذا على القياس والاستحسان في الوكيل بالبيع اذ ادفع المشتري الثمن الى الموكل من غير اذن الوكيل لا يطالب الشريك بتسليم المبيع لما قلنا وليس

لا أحدهما أن يخاصم فيما ادانه الآخر أو باعه والخصومة للذي باع وعليه ليس على الذي لم يل من ذلك شيء فلا يسمع عليه بينة فيه ولا يستحلف وهو والاجنبى في هذا سواء لان الخصومة من حقوق العقد وحقوق العقد تتعلق بالعقد ولو اشترى أحدهما شيئاً لا يطالب الآخر بالثمن وليس للشريك قبض المبيع لما قلنا وللعقد أن يوكل ويكيل قبض الثمن والمبيع فيما اشترى وباع لما ذكرنا فيما تقدم ولا أحدهما أن يقابل فيما باعه الآخر لان الاقالة فيها معنى الشراء وأنه يملك الشراء على الشركة فيملك الاقالة وما باعه أحدهما واشترى فظهر عيب لا يرد الاخر بالعيب ولا يرد عليه لان الرد بالعيب من حقوق العقد وانها ترجع الى العاقد والرجوع بالثمن عند استحقاق المبيع على البائع لانه العاقد فان أقر أحدهما بعيبه في متاع جاز اقراره عليه وعلى صاحبه قال الكرخي وهذا قياس قول أبي حنيفة وزفر وأبي يوسف رحمهم الله وفرق بين هذا وبين الوكيل اذا أقر بالعيب فرد القاضي المبيع عليه أنه لا ينفذ اقراره على الموكل حتى يثبت بالبينة لان موجب الاقرار بالعيب ثبوت حق الرد عليه ولا أحد الشريكين أن يقابل فيما باعه الآخر لان الاقالة فيها معنى الشراء وأنه يملك الشراء الى أن يسترد المبيع وقبل العقد والوكيل لا يملك ذلك فان باع أحدهما متاعاً من الشركة فرد عليه قبله بغير قضاء القاضي جاز عليهما لان قبول المبيع بالتراضي من غير قضاء بمنزلة شراء مبتدأ بالتعاطي وكل واحد منهما يملك أن يشتري ما باعه على الشركة وكذا القبول من غير قضاء القاضي بمنزلة الاقالة واقالة أحدهما تنفذ على الآخر وكذا الوحط من ثمنه أو آخر ثمنه لاجل العيب فهو جاز لان العيب بوجوب الرد ومن الجائز أن يكون الصلح والخطأ نفع من الرد فكان له ذلك وان حط من غير علة أو أمر يخاف منه جاز في حصته ولم يحز في حصة صاحبه لان الخط من غير عيب تبرع والانسان يملك التبرع من مال نفسه لا من مال غيره وكذلك لو وهب لان الهبة تبرع ولكل واحد منهما أن يبيع ما اشتراه وما اشترى صاحبه مباحة على ما اشتراه لان كل واحد منهما وكيل صاحبه بالشراء والبيع والوكيل بالبيع يملك البيع مباحة وهل لاحدهما أن يسافر بالمال من غير رضا صاحبه ذكر الكرخي أنه ليس له ذلك والصحيح من قول أبي يوسف ومحمد أن ذلك وكذا المضارب والمبضع والمودع لهم أن يسافروا وروى عن أبي حنيفة رحمه الله أنه ليس للشريك والمضارب أن يسافروا وهو قول أبي يوسف وروى عن أبي يوسف أن له المسافرة الى موضع لا يبيت عن منزله وروى عنه يسافر أيضاً بما لا حمل له ولا مؤنة ولا يسافر بماله حمل ومؤنة (وجه) ظاهر قول أبي يوسف أن السفر له خطر فلا يجوز في ملك الغير الا باذنه (وجه) الرواية التي فرق فيها بين القريب والبعيد انه اذا كان قريباً بحيث لا يبيت عن منزله كان في حكم المصر (وجه) الرواية التي فرق فيها بين ماله حمل ومؤنة وما ليس له حمل ومؤنة ان ماله حمل اذا احتاج شريكه الى رده يلزمه مؤنة الرد فيضر به ولا مؤنة تلزمه فيما لا يحمل له (وجه) قول أبي حنيفة ومحمد أن الاذن بالتصرف يثبت مقتضى الشركة وانها صدرت مطلقة عن المكان والمطلق يجرى على اطلاقه الدليل ولهذا جاز للمودع أن يسافر على أنه في معنى المودع لانه مؤتمن في مال الشركة كالمودع في مال الودعة مع ما ان الشريك يملك أمر أزاله المودع وهو التصرف فلما ملك المودع السفر فلا يملك الشريك أولى وقول أبي يوسف أن المسافرة بالمال مخاطرة به مسلم اذا كان الطريق مخوفاً (فاما) اذا كان آمناً فلا خطر فيه بل هو مباح لان الله سبحانه وتعالى أمر بالابتغاء في الارض من فضل الله ورفع الجناح عنه بقوله تعالى عز شأنه فاذا قضيت الصلاة فانتشروا في الارض وابتغوا من فضل الله وقال عز شأنه ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلاً من ربكم مطلقاً من غير فصل وما ذكرتم من لزوم مؤنة الرد فيما له حمل ومؤنة فلا يعد ذلك غرامة في عادة التجار لان كل مؤنة تلزم تلحق برأس المال هذا اذا لم يقل كل واحد منهما لصاحبه اعمل في ذلك رأيك فاما اذا قل ذلك فانه يجوز لكل واحد منهما المسافرة والمضاربة والمشاركة وخط مال الشركة بما له خاصة والرهن والارتمان مطلقاً لانه فوض الرأي اليه في التصرف الذي اشتملت عليه الشركة مطلقاً واذا سافر أحدهما بالمال وقد أذن له بالسفر أو قيل له اعمل رأيك أو عند اطلاق الشركة على الرواية الصحيحة عن أبي حنيفة ومحمد أنه أن ينفق من جملة المال على نفسه في

كرائه ونفقته وطعامه وإدامه من رأس المال روى ذلك الحسن عن أبي حنيفة وقال محمد وهذا استحسان والقياس أن لا يكون له ذلك لأن الاتفاق من مال الغير لا يجوز إلا بأذنه نصاً (وجه) الاستحسان العرف والعادة لأن عادة التجار الاتفاق من مال الشركة والمصرف كالمشروط ولأن الظاهر هو التراضي بذلك لأن الظاهر أن الإنسان لا يسافر بمال الشركة ويلتزم النفقة من مال نفسه لم يرجح محتمل أن يكون ويحتمل أن لا يكون لأنه التزام ضرر الحال لنفع محتمل أن يكون ويحتمل أن لا يكون فكان أقدامهما على عقد الشركة دليلاً على التراضي بالنفقة من مال الشركة ولأن كل واحد منهما في مال صاحبه كالمضارب لأن ما يحصل من الربح فهو فرع جميع المال وهو يستحق نصف الربح شائماً كالمضارب فتكون النفقة من جميع المال كالمضارب إذا سافر بمال نفسه وبمال المضاربة كانت نفقته في جميع ذلك كذا هذا وقال محمد فإن ربحاً حسب النفقة من الربح وإن لم يربح كانت النفقة من رأس المال لأن النفقة جزء تالف من المال فإن كان هنالك ربح فهو منه والافهم من الأصل كالمضارب وما اشتراه أحدهما بغير مال الشركة لا يلزم صاحبه لما ذكرناه أنه يصير مستديناً على مال الشركة وصاحبه لم يأذن له بالاستدانة وليس لأحدهما أن يهب ولا أن يقرض على شريكه لأن كل واحد منهما متبرع (أما) الهبة فلا شك فيها (وأما) القرض فلا نه لا عوض له في الحال فكان تبرعاً في الحال وهو لا يملك التبرع على شريكه وسواء قال اعمل برأيك أو لم يقل إلا أن ينص عليه بعينه لأن قوله اعمل برأيك فهو يرضى الرأي إليه فيما هو من التجارة وهذا ليس من التجارة ولو استقرض مالاً لزمهما جميعاً لأنه تملك مالاً بالعقد فكان كالصرف فيثبت في حقه وحق شريكه ولأنه إن كان الاستقرض استعارة في الحال فهو عاك الاستعارة وإن كان تملكاً لملكك أيضاً وليس له أن يكتب عبداً من تجارتهما ولا أن يعتق على مال لأن الشركة تعتقد على التجارة والكتابة والاعتاق ليسا من التجارة ألا ترى أنه لا يملكهما المأذون في التجارة وسواء قال اعمل برأيك أو لا لما قلنا وليس له أن يزوج عبداً من تجارتهما في قولهم جميعاً لأنه ليس من التجارة وهو ضرر محض فلا يملكه إلا بأذن نصاً وكذلك تزويج الأمة في قول أبي حنيفة ومحمد لأنه ليس من التجارة ويجوز عند أبي يوسف والمسئلة تقدمت في كتاب النكاح ولو أقر بدين لم يجز على صاحبه لأن الإقرار حجة قاصرة فلا يصدق في الإيجاب الحق على شريكه بخلاف المفاوضة لأن الجواز في المفاوضة بحكم الكفالة لا بالقرار وهذه الشركة لا تتضمن الكفالة ولو أقر بجارية في يده من تجارتهما أنها الرجل لم يجز إقراره في نصيب شريكه وجاز في نصيبه لما ذكرنا أن إقرار الإنسان ينفذ على نفسه لا على غيره لأنه في حق غيره شهادة وسواء كان قال له اعمل برأيك أو لا لأن هذا القول فيد العموم فيما تضمنته الشركة والشركة لم تتضمن الإقرار وما ضاع من مال الشريك في يدهما فلا ضمان عليه في نصيب شريكه فيقبل قول كل واحد من الشريكين على صاحبه في ضياع المال مع بعينه لأنه أمين والله عز وجل أعلم وأما المفاوضة فجميع ما ذكرناه يجوز لأحد شريكي العنان أن يفعله وهو جاز على شريكه إذا فعله فيجوز لأحد شريكي المفاوضة أن يفعله وإذا فعله فهو جاز على شريكه لأن المفاوضة أعم من العنان فلما جاز لشريك العنان فجوازه للمفاوض أولى وكذا كل ما كان شرطاً لصحة شركة العنان فهو شرط لصحة شركة المفاوضة لأنها ما كانت أعم من العنان فهو يقتضي شروط العنان وزيادة وكذا ما فسدت به شركة العنان تفسد به شركة المفاوضة لأن المفاوضة يفسد ما لا يفسد العنان لاختصاصها بشرائط لم تشترط في العنان وقد بينا ذلك فيما تقدم والآن نبين الأحكام المختصة بالمفاوضة التي تجوز للمفاوض ولا تجوز للشريك شركة العنان فنقول وبالله التوفيق يجوز لأحد شريكي المفاوضة بالدين عليه وعلى شريكه ويطلب المقر له أيهما شاء لأن كل واحد منهما كفيل عن الآخر فيلزم المقر بقراره ويلزم شريكه بكفالة وكذلك ما وجب على كل واحد منهما من دين التجارة كضمن المشتري في البيع الصحيح وقيمته في البيع الفاسد وأجرة المستأجر أو ما هو في معنى التجارة كالمنصوب والخلاف في الودائع والعواري والأجارات والاستهلاكات وصاحب الدين بالخيار أن شاء أخذ هذا دينه وإن شاء أخذ شريكه بحق الكفالة أما دين التجارة

فلا نه دين لزمه بسبب الشركة لان البيع الصحيح اشتمل عليه عقد الشركة لانه تجارة وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه فيما يلزمه بسبب الشركة ولهذا قالوا ان البيئة تسمع في ذلك على الشريك الذي لم يعقد لان الدين لزمه كإلزام شريكه لانه كفيل عن شريكه والبيئة بالدين تسمع على الكفيل كما تسمع على المكفول عنه وكذا البيع الفاسد بدليل ان الامر بالبيع يتناول الصحيح والفاسد وكذا الاجرة لان الاجارة تجارة (وأما) الغصب فلان ضمانه في معنى ضمان التجارة لان تقرر الضمان فيه يفيد ملك المضمون فكان في معنى ضمان البيع والخلاف في الودائع والعارى والاجارات في معنى الغصب لانه من باب التمدي على مال الغير بغير اذن مالكه فكان في معنى الغصب فكان ضمانه ضمان الغصب (وأما) أروش الجنائيات والمهر والنفقة وبذل الخلع والصلح عن القصاص فلا يؤخذ به شريكه لانه ليس بضمن التجارة ولا في معنى ضمان التجارة أيضاً لانعدام معنى معاوضة المال بالمال رأساً وروى عن أبي يوسف ان ضمان الغصب والاستهلاك لا يلزم الا فاعله لانه ضمان جنابة فأشبه ضمان الجنابة على بن آدم والجواب ما ذكرنا ان ضمان الغصب وضمن الاتلاف في غير بن آدم ضمان معاوضة لانه ضمان بملك به المضمون عوضاً عنه بخلاف ضمان الجنابة على بن آدم لانه لا يملك به المضمون فلم يوجد فيه معنى المعاوضة أصلاً ولو كفل أحدهما عن انسان فان كفل عنه بمال يلزم شريكه عند أي خنيفة وعندهما لا يلزم وان كفل بنفس لا يؤخذ بذلك شريكه في قوطم جميعاً (وجهه) قوطم ان الكفالة تبرع فلا تلزم صاحبه كالهبة والصدقة والكفالة بالنفس والدليل على انها تبرع اختصاص جوازها باهل التبرع حتى لا تجوز من الصبي والمكاتب والعبد المأذون وكذا تعتبر من الثلث اذا كان في حال المرض والشركة لا تنعقد على التبرع ولا في خنيفة رضي الله عنه ان الكفالة تقع تبرعاً ابتداءً ثم تصير معاوضة باتهامها لوجود التملك والتملك حتى يرجع الكفيل على المكفول عنه بما كفل اذا كانت الكفالة بأمر المكفول عنه فقلنا لا تصح من الصبي والمأذون والمكاتب ويعتبر من الثلث عملاً بالابتداء ويلزم شريكه عملاً بالانتهاء وحقوق عقد تولاه أحدهما ترجع اليهما جميعاً حتى لو باع أحدهما شيئاً من مال الشركة يطالب غير البائع منهما بتسليم المبيع كما يطالب البائع ويطالب غير البائع منهما المشتري بتسليم الثمن ويجب عليه تسليمه كالبياع ولو اشترى أحدهما شيئاً يطالب الآخر بالثمن كما يطالب المشتري وله أن يقبض المبيع كما للمشتري ولو وجد المشتري منهما عيباً بالمبيع فلصاحبه أن يرد به بالعيب كما للمشتري وله الرجوع بالثمن عند الاستحقاق كالمشتري ولو باع أحدهما سلعة من شركتهما فوجد المشتري بها عيباً فله أن يردّها على أيهما شاء ولو انكر العيب فله أن يحلف البائع على البتات وشريكه على العلم ولو أقر أحدهما فهذا قراره على نفسه وشريكه ولو باع سلعة من شركتهما فوجد المشتري بها عيباً فله أن يحلف كل واحد منهما على النصف الذي باعه على البتات وعلى النصف الذي باعه شريكه على العلم بين واحد على العلم في قول محمد رحمه الله وقال أبو يوسف يحلف كل واحد منهما على البتات فيما باع ويسقط عن كل واحد منهما اليمين على العلم وهما جميعاً في خراج التجارة وضمنهما سواء ففعل أحدهما فيها كفلهما وقول أحدهما كقولهما وهما في الحقيقة شخصان وفي أحكام التجارة كشخص واحد ولا أحدهما أن يكتب عبد التجارة أو يأذن له بالتجارة لان تصرف كل واحد منهما فيما يعود نفعه الى مال الشركة عام كتصرف الاب في مال الصغير كذا روى عن محمد انه قال كلما يجوز أن يفعل له انسان فيما لا يملكه فالمفاوض فيه أجوز أمر ومعناه أن الاب يملك كتابة عبد ابنه الصغير واذنه بالتجارة مع انه لا يملك له فيه رأساً فلا يملك المفاوض أولى ولا يجوز له أن يعتق شيئاً من عبيد التجارة على مال لانه في معنى التبرع لانه يعتق بمجرد القول ويبقى البدل في ذمة المفلس قد يسلم له وقد لا يسلم فكان في معنى التبرع ولهذا لا يملك الاب في مال ابنه ولا يجوز له تزويج العبد لانه ضرر محض لان المهر والنفقة يتعلقان برقبته وتنقص به قيمته ويكون ولده لغيره فكان التزويج ضرراً محضاً فلا يملك في ملك غيره ويجوز له أن يزوج الامه لان تزويج الامه نفع محض لانه يستحق المهر والولد ويسقط عنه نفقتها وتصرف المفاوض نافذ في كل ما يعود نفعه الى مال الشركة سواء

كان من باب التجارة أولاً بخلاف الشريك شركة العنان فان نفاذ تصرفه يختص بالتجارة على أصل أبي حنيفة ومحمد وتزويج الامة ليس من التجارة لان التجارة معاوضة المال بالمال ولم يوجد فلا ينفذ وعند أبي يوسف ينفذ كتصرف المفاوض لوجود النفع ويجوز له أن يدفع المال مضاربة لما ذكرنا في الشريك شركة عنان انه يجوز له أن يستأجر من يعمل في مال الشركة بحال يستحقه الاجير بيقين فالدفع مضاربة أولى لان المضارب لا يستحق الربح منها بيقين لجواز أن يحصل وأن لا يحصل ويجوز له أن يشارك شركة عنان في قول أبي يوسف ومحمد لان شركة العنان أخص من شركة المفاوضة فكانت دونها فجاز أن تتضمنها المفاوضة كما تتضمن العنان المضاربة لانها دونها فتبعضها ولان الاب يملك ذلك في مال ابنه فيملك المفاوض على شريكه من طريق الاولى وروى الحسن عن أبي حنيفة انه لا يجوز له ذلك لانه يوجب للشريك الثالث حق في مال شريكه وذلك لا يجوز الا باذنه هذا اذا شارك رجلاً شركة عنان فأما اذا فاض جاز عليه وعلى شريكه ذكره محمد في الاصل وقال أبو يوسف لا يجوز وكذا في رواية الحسن عن أبي حنيفة (وجه) قول محمد أن عقد المفاوضة عام فيصير تصرف كل واحد منهما كتصرف الآخر ولا يوجب أن المفاوضة مثل المفاوضة والشئ لا يستتبع مثله ويجوز له أن يرهن ويرهن على شريكه لان الرهن هو ايفاء والارتهان استيفاء وكل واحد منهما يملك الايفاء والاستيفاء فمما عقده صاحبه ويجوز لكل واحد منهما أن يقتضي ما اداناه أو ادانه صاحبه أو ما وجب لهما من غصب على رجل أو كفالة لان كل واحد منهما كفيل الآخر فيملك أن يستوفي حقوقه بالوكالة وما وجب على أحدهما فلصاحب الدين أن يأخذ كل واحد منهما لان كل واحد منهما كفيل عن الآخر وكل واحد منهما خصم عن صاحبه يطالب بما على صاحبه ويقام عليه البينة ويستحلف على علمه فيما هو من ضمان التجارة لان الكفيل خصم فيما يدعى على المكفول عنه ويستحلف على علمه لانه يمين على فعل الغير وما اشتراه أحدهما من طعام لاهله أو كسوة أو مالا بدله منه فذلك جائز وهو له خاصة دون صاحبه والقياس أن يكون المشتري مشتركاً بينهما لان هذا مما يصح الاشتراك فيه كسائر الاعيان لكنهم استحسنوا أن يكون له خاصة للضرورة لان ذلك مما لا بد منه فكان مستثنى من المفاوضة فاختص به المشتري لكن للبائع أن يطالب بالثمن أي بما شاء وان وقع المشتري للذي اشتراه خاصة لان هذا مما يجوز فيه الاشتراك وكل واحد منهما كفيل عن الآخر ببدل ما يجوز فيه الاشتراك الا أنهم قالوا ان الشريك يرجع على شريكه بنصف ثمن ذلك لانه قضى ديناً عليه من ماله لاعلى وجه التبرع لانه التزم ذلك فيرجع عليه وليس له أن يشتري جارية للوطء أو للخدمة بغير اذن الشريك لان الجارية مما يصح فيه الاشتراك ولا ضرورة تدعو الى الاضرار بملكها فصارت كسائر الاعيان بخلاف الطعام والكسوة فان ثمة ضرورة فأخرج عن عموم الشركة للضرورة ولا ضرورة في الجارية فبقيت داخلية تحت العموم فان اشتري ليس له أن يطأها ولا لشريكه لانها دخلت في الشركة فكانت بينهما فلهذا جارية مشتركة بين اثنين فلا يكون لأحدهما أن يطأها فان اشتري أحدهما جارية ليطأها باذن شريكه فهي له خاصة ولم يذكر في كتاب الشركة ان الشريك يرجع عليه بشيء أو لا يرجع وذكر في الجامع الصغير الخلاف فقال عند أبي حنيفة لا يرجع عليه بشيء من الثمن وعندهما يرجع عليه بنصف الثمن (وجه) قولهما ان الحاجة الى الوطء متحققة فتأحق بالحاجة الى الطعام والكسوة فاذا اشتراها لنفسه خاصة وقعت له خاصة وصارت مستثناة عن عقد الشركة فقد تقدم ما ليس بمشترك من مال الشركة فيرجع عليه شريكه بالنصف ولا يوجب حنيفة ان الاصل في كل ما يمتثل الشركة اذا اشتراه أحد الشركين أن يقع المشتري مشتركاً بينهما من غير اذن جديد من الشريك بالشراء الا في ما فيه ضرورة وهو مالا بدله منه من الطعام والكسوة ولا ضرورة في الوطء فوقع المشتري على الشركة بالاذن الثابت بأصل العقد من غير الحاجة الى اذن آخر فلم يكن الاذن الجديد من الشريك لوقوع المشتري على الشركة لانه وقع على الشركة بدونه فكان للمليك كأنه قال اشتري جارية بيننا وقد ملكتك نصيب منها فكانت الهبة متعلقة بالشراء فاذا اشتري وقبض محت الهبة كما لو قال ان قبضت مالي على فلان فقد وهبته لك فقبضه يملكه

كذا هذا وإذا كان كذلك فقد تقدمنا الواقع على الشركة من مال الشركة فلا يرجع على شريكه بشئ فإن اشترى جارية للوط ماذن شريكه فاستولدها ثم استحققت فعلى الواطى العقر يأخذ المستحق بالعقر أيهما شاء (أما) وجوب العقر فلا شك فيه لأن وطء ملك الغير في دار الاسلام لا يخلو عن أحد الغرامتين أما الحد وأما العقر وقد تعذر إيجاب الحد لكان الشبهة وهي صورة البيع فيجب العقر وأما ولاية الأخذ من أيهما شاء فلان هذا ضمان وجب بسبب الشراء والضمان الواجب بسبب الشراء يلزم كل واحد منهما كالثنى لأن الشراء من التجارة فكان هذا ضمان التجارة بخلاف المهر في النكاح الصحيح والفاصل أنه مال وجب بسبب النكاح والنكاح ليس من التجارة فلا يدخل في الشركة ولو أقال أحدهما في بيع ما باعه الآخر جازت الاقالة عليهما لما ذكرنا من الاقالة في معنى الشراء وهو يملك الشراء على الشركة فيملك الاقالة ولأن الشريك شركة العنان يملك الاقالة للمفاوض أولى وإذا مات أحد المتفاوضين أو تفرق لم يكن للذي لم يل المدانة أن يقبض الدين لأن الشركة بطلت بموت أحدهما لانها وكالة والوكالة تبطل بموت الموكل لبطان أمره بموته وتبطل بموت الوكيل لعدم تصرفه فتبطل الشركة فلا يجوز لأحدهما أن يقبض نصيب الآخر إذا لم يكن هو الذي تولى العقد ويجوز قبضه في نصيب نفسه لأنه موكل فيه وقبض الوكيل جائز استحسانا (وأما) الذي ولي المدانة فله أن يقبض الجميع لأنه ملك ذلك بعقد المدانة لكونه من حقوق العقد فلا يبطل بانفساخ الشركة بموت الشريك كيلا يبطل بالعزل ولو أجر أحدهما نفسه في الحياطة أو عمل من الاعمال فلا جرم بينهما نصفان وإن أجر نفسه للخدمة فلا جرم له خاصة لأن الفصل الاول أجر نفسه في عمل يملك أن يتقبل على نفسه وعلى صاحبه فإذا عمل فقد أوفى ما عليهما فكانت الاجرة بينهما وفي الثاني لا يملك التقبل على صاحبه بل على نفسه خاصة فكانت الاجرة له خاصة وقال أبو حنيفة إذا قضى أحدهما ديننا كان عليه قبل المفاوضة فهو جائز لأنه إذا قضى فقد صار المقضى ديناً على القاضى أولاً ثم يصير قصاصاً بما له على القاضى فكان هذا تملكاً كما بعوض فتناوله عقد الشركة فله كخاز القضاء وليس لصاحبه سبيل على الذي قبض الدين لما ذكرنا من قبضه قبض مضمون لأنه قبض مال الشريك أن يملكه إياه ويرجع شريكه عليه بحصته منه لأنه قضى دين نفسه من مال غيره ولا تنتقض المفاوضة وإن ازداد مال أحد الشرى يكتسب لأن الواجب دين وزيادة مال أحد الشرى يكتسب إذا كانت ديناً لا توجب بطلان المفاوضة كيلا تمنع انعقادها لما مر أن الدين لا يصلح رأس مال الشركة فإذا استرجع ذلك بطلت المفاوضة لأنه ازداد له مال صالح للشركة على مال شريكه ولو رهن أمة من مال المفاوضة بخمسة مائة وقيمتها ألف فماتت في يد المرتهن ذهبت بخمسة مائة ولا يضمن ما بقي لأن الزيادة أمانة في يد المرتهن فكان مودعاً في قدر الأمانة من الرهن ولم يودع والمفاوض أن يودع وكذلك وصى أيتام رهن أمة لهم بأربعمائة عليه وقيمتها ألف فماتت في يد المرتهن ذهبت بأربعمائة وذلك يكون ديناً للورثة على الوصى وهو أمين في الفضل وكذلك الأب يرهن أمة ابن له صغير بدين عليه لأن الأب والوصى يملكان الأيداع والزيادة على قدر الدين من الرهن أمانة فكانت ودیعة قال الحسن بن زياد قال أبو حنيفة رحمه الله لو أقرض أحد المتفاوضين مالا فأعطاه رجلاً ثم أخذ به سفتجة كان ذلك جائزاً عليهما ولا يضمن توى الممال أولم يتو وفي قياس قول أبي يوسف أن الذي أقرض وأخذ السفتجة يضمن حصه شريكه من ذلك وهذا فرع اختلافهم في الكفالة أن الكفيل في حكم المقرض فإذا جازت الكفالة عند أبي حنيفة جاز القرض وعند أبي يوسف لا تجوز الكفالة لما فيها من معنى التبرع فكذلك القرض وقالوا في أحد المتفاوضين إذا استأجر ابلاً إلى مكة ليحج ويحمل عليهما متاع بيته فلمؤاجر أن يطالب أيهما شاء بالاجر لأن المعقود عليه وهو المنفعة مما يجوز دخوله في الشركة ألا ترى لو أبدله من حمل متاعه فحمل عليهما متاع الشركة جاز وإذا دخل في الشركة كان البدل عليهما فيطالب به شريكه بحكم الكفالة وإن وقع ذلك له خاصة كيلا يشتري طعاماً لنفسه أن المشتري يقع له ويطالب الشريك بالثنى كذا هذا ولو أجر أحدهما عبداً لورثته لم يكن لشريكه أن يقبض الاجارة لأنها بدل مال لم يدخل في الشركة فلا يملك قبضه كالدين الذي وجب له بالميراث والله

عز وجل أعلم (وأما) الشركة بالأعمال فأما العنان منها فلكل واحد منهما أن يتقبل العمل ومتى تقبل يجب عليه وعلى شريكه لأن كل واحد منهما بعقد الشركة أذن لصاحبه بتقبل العمل عليه فصار وكيله فيه كأنه تقبل العمل بنفسه ولصاحب العمل أن يطالب بالعمل أيهما شاء لوجوبه على كل واحد منهما ولكل واحد منهما أن يطالب صاحب العمل بكل الأجرة لأنه قد لزمه كل العمل فكان له المطالبة بكل الأجرة وإلى أيهما دفع صاحب العمل يرى لأنه دفع إلى من أمر بالدفع إليه وعلى أيهما وجب ضمان العمل وهو جناية يده كان لصاحب العمل أن يطالب الآخر به استحسانا كذا روى بشر عن أبي يوسف عن أبي حنيفة رضي الله عنهم أنه قال إذا جنت يد أحدهما فالضمان عليهما أجمعاً يأخذ صاحب العمل أيهما شاء بجميع ذلك والقياس أن لا يكون له ذلك (وجه) القياس ظاهر لأن هذه شركة عنان لا شركة مفوضة وحكم الشرع في شركة العنان أن ما يلزم كل واحد منهما بعقده لا يطالب به الآخر (وجه) الاستحسان أن هذه شركة ضمان في حق وجوب العمل لأن العمل الذي يتقبله أحدهما يجب على الآخر حتى يستحق الأجر به فإذا كانت هذه الشركة مقتضية وجوب العمل على كل واحد منهما كانت مقتضية وجوب ضمان العمل فكانت في معنى المفوضة في حق وجوب الضمان وإن لم تكن مفوضة حقيقة حتى قالوا في الدين إذا أقر أحدهما بثن صابون أو أشتان أو غيرهما أنه لا يصدق على صاحبه إذا كان المبيع مستهلكاً لا باقراًه أو بالينة كذا إذا أقر أحدهما باجر أجير أو حانوت بعد مضي هذه الأجرة وإن كان المبيع لم يستهلك ومدة الأجرة لم تمض لزمهما جميعاً باقراًه وإن جحد شريكه كفاي شركة العنان فدل أنه ليس لها حكم المفوضة من جميع الوجوه بل من الوجه الذي بينا خاصة وقال أبو يوسف إذا ادعى على أحدهما ثوباً عندهما فأقر به أحدهما وجحد الآخر جاز الأقرار على الآخر ويدفع الثوب ويأخذ الأجرة قال وهذا استحسان وليس بقياس لأنهما ليسا بمقتضيين حتى يصدق كل واحد منهما على صاحبه بل هما شريكان شركة عنان فلا ينفذ أقراره على صاحبه فيما يبد صاحبه كشرى العنان في المال إذا أقر أحدهما بثوب من شركتهما وجحد الآخر أنه لا ينفذ أقراره على صاحبه في نصيبه كذا هذا وقد روى ابن سماعه عن محمد أنه أخذ بالقياس في هذه المسئلة وقال ينفذ أقراره في النصف الذي في يده ولا ينفذ في النصف الذي في يد الشريك (وجه) ما ذكرنا أن الشيء في أيديهما والشركة شركة عنان وأحد شريكي العنان إذا أقر بثوب في أيديهما لا ينفذ على صاحبه وإنما استحساناً والحقنا بالمفوضة في حق وجوب العمل والمطالبة بالأجرة في حق وجوب ضمان العمل فبقى الأمر في وراء ذلك على أصل القياس (وجه) الاستحسان لأن أبي يوسف أنه لما ظهر حكم المفوضة في هذه الشركة في حق ضمان العمل وهو وجوبه حتى لزم كل واحد منهما كل العمل وجب له المطالبة بكل الأجرة وعليه بكل العمل ولزمه ضمان ما حدث على شريكه يظهر في محل العمل أيضاً فينفذ أقراره بحمل العمل على صاحبه وإن عمل أحدهما دون الآخر بان مرض أو سافر أو بطل فالأجر بينهما على ما شرط إلا أن الأجر في هذه الشركة إنما يستحق بضمان العمل لا بالعمل لأن العمل قد يكون منه وقد يكون من غيره كالقصار والخياط إذا استعان برجل على القصار والخياطة أنه يستحق الأجر وإن لم يعمل لوجود ضمان العمل منه وهما شرط العمل عليهما فإذا عمل أحدهما يصير الشريك القابل عاملاً لنفسه في النصف ولشريكه في النصف الآخر ويجوز شرط التفاضل في الكسب إذا شرط التفاضل في الضمان بأن شرطاً لأحدهما ثلثي الكسب وهو الأجر وللآخر الثلث وشرط العمل عليهما كذلك سواء عمل الذي شرط له الفضل أو لم يعمل بعد أن شرط العمل عليهما لأن استحقاق الأجرة في هذه الشركة بالضمان لا بالعمل بدليل أنه لو عمل أحدهما استحق الآخر الأجر وإذا كان استحقاق أصل الأجر بأصل ضمان العمل لا بالعمل كان استحقاق زيادة الأجر بزيادة الضمان لا بزيادة العمل وحكى عن الكرخي أنه علل في هذه المسئلة فقال المنافع لا تتقوم إلا بالعقد والشريك قد قوماً بمقدار ما شرط لنفسه فلا يستحق الزيادة عليه وهذا يشير إلى أن الاستحقاق بالعمل ورد عليه الجصاص وقال هذا لا يصح بدليل أنه لو شرط فضل الأجر لهما عملاً بأن شرطاً لثالث الأجرة له جاز فدل

أن استحقاق فضل الاجرة بفضل الضمان لا بفضل العمل ولو شرط التفاضل في الاجرة فجعلناها أثلاثاً ولم ينسبها العمل الى نصفين فهو جائز لانهما لما شرط التفاضل في الكسب ولا يصح ذلك الا بشرط التفاضل في العمل كان ذلك اشتراطاً للتفاضل في العمل تصحيحاً للتصرف فيها عند امكان التصحيح ولو شرط الكسب أثلاثاً وشرط العمل نصفين لم يجوز لان فضل الاجرة لا يقابلها مال ولا عمل ولا ضمان والربح لا يستحق الا باحده هذه الاشياء (وأما) الوضعية فلا تكون بينهما الا على قدر الضمان حتى لو شرط أن ما يتقبلانه فثلثاه على أحدهما بعينه وثلثه على الآخر والوضعية بينهما نصفان كانت الوضعية باطلة والقبالة بينهما على ما شرط على كل واحد منهما لان الربح اذا انقسم على قدر الضمان كانت الوضعية على قدر الضمان أيضاً لانه لا يجوز اشتراط زيادة الضمان في الوضعية في موضع يجوز اشتراط زيادة الربح فيه لا أحدهما وهو الشركة بالاموال حتى لا تكون الوضعية فيها الا بقدر المال في موضع لا يجوز اشتراط زيادة الربح فيه لا أحدهما فلا يجوز أن تكون الوضعية فيه الا على قدر الضمان أولى (وأما) المفاوضة بينهما فالزم أحدهما بسبب هذه الشركة يلزم صاحبه ويطلب به من ثمن صابون أو أشنان أو أجر أجير أو حانوت ويجوز اقرار أحد الشريكين عليه وعلى شريكه بالدين وللمقر له أن يطلب به أيهما شاء لان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فيلزم المقر باقراره والشريك بكفالتسه ولو ادعى على أحدهما بثوب في أيديهما فأقر به أحدهما وجحد صاحبه يصدق على صاحبه وينفذ اقراره عليه (وأما) الشركة بالوجوه فالعنان منها والمفاوضة في جميع ما يجب لهما وما يجب عليهما وما يجوز فيه فعل أحدهما على شريكه وما لا يجوز بمنزلة شريك العنان والمفاوضة في الاموال (وأما) الشركة الفاسدة وهي التي قامت شرط من شرائط الصحة فلا تفيد شيئاً مما ذكرنا لان لأحد الشريكين أن يعمل بالشركة الصحيحة والربح فيها على قدر الماين لانه لا يجوز أن يكون الاستحقاق فيها بالشرط لان الشرط لم يصح فالحق بالعدم فبق الاستحقاق بالمال فيقدر بقدر المال ولا أجر لا أحدهما على صاحبه عندنا وقال الشافعي له أجره فيما عمل لصاحبه وهذا غير سديد الا أنه استحق الربح بعمله فلا يستحق الاجر والله عز وجل أعلم

فصل وأما صفة عقد الشركة فهي انها عقد جائز غير لازم حتى ينفرد كل واحد منهما بالقسح الا أن من شرط جواز القسح أن يكون بحضرة صاحبه أي بعلمه حتى لو فسح بمحض من صاحبه جاز القسح وكذا لو كان صاحبه غائباً وعلم بالقسح وان كان غائباً ولم يبلغه القسح لم يجز القسح ولم يفسخ العقد لان القسح من غير علم صاحبه اضرار بصاحبه ولهذا لم يصح عزل الوكيل من غير علمه مع ما أن الشركة تتضمن الوكالة وعلم الوكيل بالعزل شرط جواز العزل فكذا في الوكالة التي تضمنت الشركة وعلى هذا الاصل قال الحسن بن زياد اذا شارك أحد شريكي العنان رجلاً شركة مفاوضة انه ان كان غير محضر من شريكه لم تكن مفاوضة وان كان بمحض منه سحت المفاوضة لان المفاوضة مع غيره تتضمن فسح العنان وهو لا يملك القسح عند غيبته وملك عند حضرته وهل يشترط أن يكون مال الشركة عيناً وقت الشركة لصحة القسح وهي أن يكون دراهم أو دنانير ذكر الطحاوي انه شرط حتى لو كان مال الشركة عروضا وقت القسح لا يصح القسح ولا تنفسخ الشركة ولا رواية عن أصحابنا في الشركة وفي المضاربة رواية وهي ان رب المال اذا نهى المضارب عن التصرف فانه ينظر ان كان مال المضاربة وقت النهي دراهم أو دنانير صح النهي لكن له أن يصرف الدراهم الى الدنانير والدنانير الى الدراهم لانهما في الثمنية جنس واحد فكانه لم يشتريها شيئاً وليس له أن يشتري بها عروضا وان كان رأس المال وقت النهي عروضا فلا يصح نهيها لانه يحتاج الى بيعها ليظهر الربح فكان القسح ابطالا لحقه في التصرف فجعل الطحاوي الشركة بمنزلة المضاربة وبعض مشايخنا فرق بين الشركة والمضاربة فقال يجوز فسخ الشركة وان كان رأس المال عروضا ولا يجوز فسخ المضاربة لان مال الشركة في يد الشريكين جميعاً ولهما جميعاً ولاية التصرف فيملك كل واحد منهما نهي صاحبه عينا كان المال أو عروضا فاما مال المضاربة ففي يد المضارب وولاية التصرف له لا لرب المال فلا يملك رب المال نهيها بعد ما صار المال عروضا

فصل ١٠ وأبان ما يبطل به عقد الشركة فإبطل به نوعان (أحدهما) يعم الشركات كلها (والثاني) يخص البعض دون البعض اما الذي يعم الكل فانواع (منها) الفسخ من أحد الشرى يكن لانه عقد جائز غير لازم فكان محتماً للفسخ فاذا فسخه أحدهما عند وجود شرط الفسخ بنفسه (ومنها) موت أحدهما أيهما مات انفسخت الشركة لبطلان الملك وأهلية التصرف بالموت سواء علم بموت صاحبه أو لم يعلم لان كل واحد منهما وكيل صاحبه وموت الموكل يكون عزلاً للوكيل علم به أو لم يعلم لانه عزل حكى فلا يقف على العلم (ومنها) ردة أحدهما مع الحاقه بالدار الحرب بمنزلة الموت (ومنها) جنونه جنونا مطبقاً لان به يخرج الوكيل عن الولة وجميع ما يخرج به الوكيل عن الوكالة يبطل به عقد الشركة لان الشركة تتضمن الوكالة على نحو ما فصلنا في كتاب الوكالة (وأما) الذي يخص البعض دون البعض فانواع (منها) هلاك المالين أو أحدهما قبل الشراء في الشركة بالاموال سواء كان المالان من جنسين أو من جنس واحد قبل الخلط لان الدراهم والدنانير تعيينات في الشركات فاذا هلك فقد هلك ما تعلق العقد بعينه قبل انبرام العقد وحصول العقود فيبطل العقد بخلاف ما اذا اشتري شيئاً بدراهم معينة ثم هلك الدراهم قبل القبض ان العقد لا يبطل لان الدراهم والدنانير لا يتعينان في المعاوضات ويتعينان في الشركات ثم انما لم يتعين الدراهم والدنانير في المعاوضات وتعين في الشركات لانها جعلتا بمن شرعا فتعينا في المعاوضات لا تعلبا مضمينين اذا مضمين اسم لعين يقابلها عوض فلو تعينت الدراهم والدنانير في المعاوضات لكان عينا يقابلها عوض فكان مضمناً فلا يكون مضمناً وفيه تغيير حكم الشرع فلم يتعين وليس في تعيينها في باب الشركة تغيير حكم الشرع لانها لا يقابلها عند انعقاد الشركة عليهما عوض ولهذا يتعينان في الهبات والوصايا بخلاف المضاربة والوكالة المفردة عن الشركة أنهما لا يتعينان في هذين العقدين وان لم يكن التعيين فيهما تغييراً لحكم الشرع وهو جعلهما مضمينين لما لا عوض للحال يقابلها لان كل واحد من العقدين وضع وسيلة الى الشركة والوسيلة الى الشيء حكمه حكم ذلك الشيء فجعل حكمهما في حق المنع من تعين الدراهم والدنانير حكم الشراء فلم يتعينا بالعقد والاشارة بل يتعينان بالقبض كما في الشراء بخلاف الشركة فانها وان وقعت وسيلة الى الشراء لكن لا بد مع هذا من سبب يوجب تعين رأس المال لما مر ولا يمكن جعل القبض معيناً لرأس المال لانه لا وجه الى ايجاب القبض فيهما ليتعين رأس المال لان العمل فيهما مشروط من الشرى يكن وكون العمل مشروطاً من رب المال يوجب أن يكون رأس المال في يده ليتمكن العمل وكون عمل الآخر مشروطاً يوجب التسليم اليه ليتمكن من العمل فلا يجب التسليم للتعارض ولا بد من سبب يوجب تعين ما تعلق به العقد وليس وراء القبض الا العقد فاذا لم يمكن ايجاب القبض جعل العقد موجبا لتعينهما وان كان وسيلة الى الشراء لكن هذه الضرورة أوجبت استدراكاً بحكم غير حكم ما جعل هو وسيلة له (فاما) في الوكالة المفردة والمضاربة فعمل رب المال ليس مشروط بل لشرط ذلك في المضاربة لا وجب فسادها فممكن جعل القبض سبباً للتعين فلا حاجة الى جعل العقد سبباً فلم يوجب العقد التعين الحاقاله بالشراء ثم اذا هلك أحد المالين قبل الشراء هلك من مال صاحبه لان الهالك مال ملكه أحدهما يتيقن انه أمانة في يد صاحبه فيهلك على صاحبه خاصة بخلاف ما اذا كان رأس المالين من جنس واحد وخطا ثم هلك انه يهلك مشتركاً لاننا لا نتيقن ان الهالك مال أحدهما والله عز وجل الموفق (ومنها) فوات المساواة بين رأسى المال في شركة المقايضة بالمال بعد وجودها في ابتداء العقد لان وجود المساواة بين المالين في ابتداء العقد كما هو شرط انعقاد هذا العقد على الصحة فبقاؤها شرط بقائها منعقدة لانها مقايضة في الحالين فلا بد من معناها في الحالين وعلى هذا يخرج ما اذا تفاوضا والمال مستوى ثم ورث أحدهما ما لا تصح فيه الشركة من الدراهم والدنانير وصار ذلك في يده انه تبطل المقايضة لبطلان المساواة التي هي معنى العقد وان ورث عروضا لا تبطل وكذا لو ورث ديوناً لا تبطل ما لم يقبض الديون لانها قبل القبض لا تصلح رأس مال الشركة وكذا لو زاد أحد المالين على الآخر قبل الشراء بان كان

أحد همدراهم والآخر دنانير فان زادت قيمة أحد هما قبل الشراء بطلت المفاوضة لما قلنا لان عقد الشركة يقف تمامه على الشراء فكان الموجود قبل الشراء كالموجود وقت العقد كالبيع لما كان تمامه بالقبض كان هلاك المبيع قبل القبض كهلاكه وقت العقد والزيادة وقت العقد تمنع من الانعقاد فاذا طرأ عليه يبطله قال محمد وكذلك لو اشترى بأحد المالين ثم ازداد الآخر لان الشركة لا تتم ما لم يشتر بالمال فصار كان الزيادة كانت وقت العقد فان زاد المال المشتري في قيمته كانت المفاوضة باحالة لان تلك الزيادة تحدث على ملكها لانهما في المال المشتري فلا يفضل أحد هما على الآخر قال محمد رحمه الله القياس اذا اشترى بأحد المالين قبل صاحبه انه تنتقض المفاوضة لان الالف التي لم يشتر بها بقيت على ملك صاحبها وقد ملك صاحبها نصف ما اشتراه الا خرف صار ماله أكثر فينبغي أن تبطل المفاوضة الا انهم استحسنوا وقالوا لا تبطل لان الذي اشترى وجب له على شريكه نصف الثمن دينافلم يفضل المال فلا تبطل المفاوضة والله عز وجل أعلم

كتاب المضاربة

يحتاج في هذا الكتاب الى معرفة جواز هذا العقد والى معرفة ركنه والى معرفة شرائط الركن والى معرفة حكمه والى معرفة صفة العقد والى معرفة ما يبطل به ومعرفة حكمه اذا بطل والى بيان حكم اختلاف رب المال والمضارب (اما) الاول فالقياس انه لا يجوز لانه استتجار بأجر مجهول بل بأجر معدوم ولعمل مجهول لكننا تركنا القياس بالكتاب العزيز والسنة والاجماع (اما) الكتاب الكريم فقوله عز شأنه وآخرون يضربون في الارض يبتغون من فضل الله والمضارب يضرب في الارض يبتغي من فضل الله عز وجل وقوله سبحانه وتعالى فاذا قضيتن الصلاة فانتشروا في الارض وابتغوا من فضل الله وقوله تعالى ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلا من ربكم (وأما) السنة فاروى عن ابن عباس رضي الله عنهما انه قال كان سيدنا العباس بن عبد المطلب اذا دفع المال مضاربة اشترط على صاحبه أن لا يسلك به بحر أو لا ينزل به وادياً ولا يشتري به دابة ذات كبد رطبة فان فعل ذلك ضمن فبلغ شرطه رسول الله صلى الله عليه وسلم فأجاز شرطه وكذا بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم الناس يتعاقدون المضاربة فلم ينكر عليهم وذلك تقرير لهم على ذلك والتقرير أحد وجوه السنة (وأما) الاجماع فانه روى عن جماعة من الصحابة رضي الله تعالى عنهم انهم دفعوا مال اليتيم مضاربة منهم سيدنا عمر وسيدنا عثمان وسيدنا علي وعبد الله بن مسعود وعبد الله بن عمر وعبيد الله ابن عمر وسيدتنا عائشة رضي الله تعالى عنهم ولم ينقل انه أنكر عليهم من أقرانهم أحد ومثله يكون اجماعاً وروى ان عبد الله وعبيد الله ابني سيدنا عمر قدما العراق وأبو موسى الاشعري أمير بها فقال لهما لو كان عندي فضل لا كرمتكما ولكن عندي مال لبيت المال أدفعه اليكما فبتا عابه متاعاً واحمله الى المدينة وبيعه وادفعاً منه الى أمير المؤمنين فلما قدما المدينة قال لهما سيدنا عمر رضي الله عنه هذا مال المسلمين فاجعلار بحه لهم فسكت عبد الله وقال عبيد الله ليس لك ذلك لو هلك منا لضمنا فقال بعض الصحابة يا أمير المؤمنين اجعلهما كالمضارب بين في المال لهما النصف وليت المال النصف فرضي به سيدنا عمر رضي الله عنه وعلى هذا تعامل الناس من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا في سائر الاغصان من غير انكار من أحد واجماع أهل كل عصر حجة فتترك به القياس ونوع من القياس يدل على الجواز أيضاً وهو ان الناس يحتاجون الى عقد المضاربة لان الانسان قد يكون له مال لكنه لا يهتدى الى التجارة وقد يهتدى الى التجارة لكنه لا مال له فكان في شرع هذا العقد دفع الحاجتين والله تعالى ما شرع العقود الا لمصالح العباد ودفع حوائجهم

فصل وأما ركن العقد فلا يحجب والقبول وذلك باللفاظ تدل عليهما فلا يحجب هو لفظ المضاربة والمقارضة والمعاملة وما يؤدى معاني هذه الالفاظ بان يقول رب المال خذ هذا المال مضاربة على ان مارزق الله عز وجل

أو أطعم الله تعالى منه من ربح فهو بيننا على كذا من نصف أو ربع أو ثلث أو غير ذلك من الاجزاء المعلومة وكذا اذا قال مقارضة أو معاملة ويقول المضارب أخذت أو رضيت أو قبلت ونحو ذلك فيتم الركن بينهما اما لفظ المضاربة فصرح مأخوذة من الضرب في الارض وهو السير فيها سمي هذا العقد مضاربة لان المضارب يسير في الارض ويسعى فيها لا بتغاء الفضل وكذا لفظ المقارضة صريح في عرف أهل المدينة لانهم يسمون المضارب بمقارضة كما يسمون الاجارة ببيعاً ولان المقارضة مأخوذة من القرض وهو القطع سميت المضارب بمقارضة لما ان رب المال يقطع يده عن رأس المال ويجعله في يد المضارب والمعاملة لفظ يشتمل على البيع والشراء وهذا معنى هذا العقد ولو قال خذ هذا المال واعمل به على ان مارزق الله عز وجل من شئ فهو بيننا على كذا ولم يزد على هذا فهو جائز لانه أتى بلفظ يؤدي معنى هذا العقد والعبرة في العقود لما فيها لا لصورها لا لفاظ حتى ينقد البيع بلفظ التمليك بلا خلاف وينعقد النكاح بلفظ البيع والهبة والتمليك عندنا وذكر في الاصل لو قال خذ هذه الالف فابتع بها متاعا كان من فضل فلك النصف ولم يزد على هذا قبل هذا كان مضارباً باستحسان والقياس ان لا يكون مضارباً (وجه) القياس انه ذكر الشراء ولم يذكر البيع ولا يتحقق معنى المضارب به الا بالشراء والبيع (وجه) الاستحسان انه ذكر الفضل ولا يحصل الفضل الا بالشراء والبيع فكان ذكر الالف ابتداءً ذكر البيع وهذا معنى المضارب به ولو قال خذ هذه الالف بالنصف ولم يزد عليه كان مضارباً باستحسان والقياس أن لا يكون لانه لم يذكر الشراء والبيع فلا يتحقق معنى المضارب به (وجه) الاستحسان انه لما ذكر الالف والاختلاف لا يخلو عن عمل لا يستحق به العوض وانما يستحق بالعمل في المأخوذ وهو الشراء والبيع فتضمن ذكره ذكر الشراء والبيع ولو قال خذ هذا المال فاشتر به راء أو بالانصف أو رقيقاً بالنصف ولم يزد على هذا شيئاً فاشترى كما أمره فهذا فاسد وللمشتري أجر مثل عمله فيما اشترى وليس له أن يبيع ما اشترى الا بأمر رب المال لانه ذكر الشراء ولم يذكر البيع ولا ذكر ما يوجب ذكر البيع ليحصل على المضارب به فحمل على الاستعجار على الشراء بأجر مجهول وذلك فاسد فاذا اشترى كما أمره فالمستأجر استوفى منافعه بعقد فاسد فاستحق أجر مثل عمله وليس له أن يبيع ما اشترى من غير إذن الأمر لانه أمره بالشراء لا بالبيع فكان المشتري له فلا يجوز بيعه من غير اذنه فان باع منه شيئاً لا ينفذ بيعه من غير اذنه برب المال ويضمن قيمته ان لم يقدر على عينه لانه صار متلفاً مال الغير بغير اذنه وان أجاز رب المال البيع والمتاع قائم جاز والثلث لرب المال لان عدم الجواز لحقه فاذا أجاز فقد زال المانع وكذلك لو كان لا يدري حاله انه قائم أو هالك فأجاز لان الاصل هو بقاء المبيع حتى يعلم هلاكه وانما شرط قيام المبيع لانه شرط صحة الاجازة لما عرف ان ماله لا يكون محلاً لانشاء العقد عليه لا يكون محلاً لاجازة العقد فيه وان علم انه هالك فلا اجازة باطلة لما ذكرناه وروى بشر عن أبي يوسف في رجل دفع الى رجل ألف درهم ليشتري بها ويبيع فاربح فهو بينهما فهذا مضارب به ولا ضمان على المدفوع اليه المال ما لم يخالف لانه لما ذكر الشراء والبيع فقد أتى بمعنى المضارب به وكذلك لو شرط عليه ان الوضعية على عليك فهذا مضارب به والربح بينهما والوضعية على رب المال لان شرط الوضعية على المضارب شرط فاسد فيبطل الشرط وتبقى المضاربة وروى عن علي بن الجعد عن أبي يوسف لو ان رجلاً دفع الى رجل ألف درهم ولم يقل مضارب به ولا بضاعة ولا قرضاً ولا شركة وقال ما ربححت فهو بيننا فهذا مضارب به لان الربح لا يحصل الا بالشراء والبيع فكان ذكر الربح ذكر الشراء والبيع وهذا معنى المضارب به ولو قال خذ هذه الالف على ان لك نصف الربح أو ثلثه ولم يزد على هذا فالمضارب به جائزة قياساً واستحساناً والمضارب مباشر وما بقي فرب المال والاصل في جنس هذه المسائل ان رب المال انما يستحق الربح لانه نفع ماله لا بالشرط فلا يفترق استحقاؤه الى الشرط بدليل انه اذا فسد الشرط كان جميع الربح له والمضارب لا يستحق الا بالشرط لانه انما يستحق بمقابلة عمله والعمل لا يتقوم الا بالمقدار اعرف هذا فنقول في هذه المسئلة اذا سمي للمضارب جزأ معلوماً من الربح فقد وجد في حقه ما يفترق الى استحقاؤه الربح فيستحقه والباقي يستحقه رب المال بماله ولو قال خذ هذا المال

مضاربة على ان الى نصف الربح ولم يزد على هذا فالقياس ان تكون المضاربة فاسدة وهو قول الشافعي رحمه الله ولكنها جائزة استحسانا ويكون للمضارب النصف (وجه) القياس ان رب المال لم يجعل للمضارب شيئا معلوما من الربح وانما سمي لنفسه النصف فقط وتسميته لنفسه لقوله عدم الحاجة اليها فكان ذكره والسكوت عنه بمنزلة واحدة وانما الحاجة الى التسمية في حق المضاربة ولم يوجد فلا تصح المضاربة (وجه) الاستحسان ان المضاربة تقتضي الشركة في الربح فكان تسمية أحد النصفين لنفسه تسمية الباقي للمضارب كما نه قال خذ هذا المال مضاربة على ان لك النصف كما في ميراث الابوين في قوله سبحانه وتعالى فان لم يكن له ولد وورثه أبواه فلامه الثلث لما كان ميراث الميت لا بويه وقد جعل الله تعالى عز وجل للام منه الثلث كان ذلك جعل الباقي للاب كذا هذا ولو قال على ان الى نصف الربح ولك ثلثه ولم يزد على هذا فالثلث للمضارب والباقي لرب المال لما ذكرنا ان استحقاق المضارب الربح بالشرط واستحقاق رب المال لكونه من ثمنه ما له فاذا سلم المشرط للمضارب بالشرط يسلم المسكوت عنه وهو الباقي لرب المال لكونه من ثمنه ما له ولو قال رب المال على ان ما رزق الله عز وجل فهو بيننا جاز ذلك وكان الربح بينهما نصفين لان البين كلمة قسمة والقسمة تقتضي المساواة اذا لم يبين فيها مقدار معلوم قال الله تعالى عز شأنه ونبتهم أن الماء قسمة بينهم وقد فهم منها التساوي في الشرب قال الله سبحانه وتعالى هذه ناقة لها شرب ولكم شرب يوم معلوم هذا اذا شرط جزء من الربح في عقد المضاربة لاحدهما اما المضارب واما رب المال وسكت عن الآخر فاما اذا شرط لهما وغيرهما بان شرط فيه الثلث للمضارب والثلث لرب المال والثلث لثالث سواهما فان كان الثالث أجنبيا أو كان ابن المضارب وشرط عليه العمل جاز وكان الربح بينهما اثلاثا وان لم يشرط عليه العمل لم يحجز وما شرط له يكون لرب المال لان الربح لا يستحق في المضاربة من غير عمل ولا مال وصار المشرط له كالمسكوت عنه وان كان الثالث عبد المضارب فان كان عليه دين فكذلك عند أبي حنيفة رحمه الله ان شرط عمله لان المضارب لا يملك كسب عبده فكان كالأجنبي وان لم يشترط عمله فما شرطه فهو لرب المال لما ذكرنا في الاجنبي وعند أبي يوسف ومحمد المشرط له يكون للمضارب لان المولى يملك كسبه عندهما كما يملك لو لم يكن عليه دين وان كان الثالث عبد رب المال فهذا هو المولى يملك كسبه عندهما كما يملك لو لم يكن عليه دين فان شرط عمله فهو كالأجنبي عند أبي حنيفة لان المولى لا يملك اكسابه وان لم يشترط عمله فما شرط له فهو لرب المال لما قلنا وعندهما ما شرط له فهو مشروط لمولاه عمل أو لم يعمل لان المولى يملك كسب عبده كان عليه دين أولا فان لم يكن على العبد دين ففي عبد المضارب الثلثان للمضارب والثلث لرب المال لانه اذا لم يكن عليه دين فالملك يثبت للمولى فكان المشروط له مشروطا للمولى وصار كأنه شرط للمضارب الثلثين وفي عبد رب المال الثلث للمضارب والثلثان لرب المال لان المشروط له يكون مشروطا لمولاه اذا لم يكن عليه دين فصار كأن رب المال شرط لنفسه الثلثين وعلى هذا قالوا لو شرط ثلث الربح للمضارب والثلث لقضاء دين المضارب والثلث لرب المال ان الثلثين للمضارب والثلث لرب المال وكذا لو شرط ثلث الربح للمضارب والثلث لرب المال والثلث لقضاء دين رب المال ان الثلثين لرب المال والثلث للمضارب لان المشروط لقضاء دين كل واحد منهما مشروط له

فصل وأما شرائط الربح في بعضها يرجع الى العاقدين وهما رب المال والمضارب وبعضها يرجع الى رأس المال وبعضها يرجع الى الربح (اما) الذي يرجع الى العاقدين وهما رب المال والمضارب فأهلية التوكيل والوكالة لان المضارب يتصرف بأمر رب المال وهذا معنى التوكيل وقد ذكر شرائط أهلية التوكيل والوكالة في كتاب الوكالة ولا يشترط اسلاهما فتصح المضاربة بين أهل الذمة وبين المسلم والذمي والحر في المستأمن حتى لو دخل حر في دار الاسلام بأمان فدفع ماله الى مسلم مضاربة أو دفع اليه مسلم ماله مضاربة فهو جائز لان المستأمن في دارنا بمنزلة الذمي والمضارب بقرعة الذي مضارب بقرعة فكذلك مع الحر في المستأمن فان كان المضارب هو المسلم فدخل دار الحرب بأمان فعمل بالمال فهو جائز لانه دخل دار رب المال فلم يوجد بينهما اختلاف الدارين فصار كأنهما في دار واحدة وان

كان المضارب هو الحربي فرجع الى داره الحربي فان كان بغير اذن رب المال بطلت المضاربة وان كان باذنه فذلك جائز ويكون على المضاربة ويكون الربح بينهما على ما شرط ان يرجع الى دار الاسلام مسلماً أو معاهداً أو بأمان استحساناً والقياس ان تبطل المضاربة (وجه) القياس انه لما عاد الى دار الحرب بطل أمانه وعاد الى حكم الحرب كما كان قبلاً أمر رب المال عند اختلاف الدارين فاذا تصرف فيه فقد تعدى بالتصرف فملك ما تصرف فيه (وجه) الاستحسان انه لما خرج بأمر رب المال صار كأن رب المال دخل معه ولودخل رب المال معه الى دار الحرب لم تبطل المضاربة فكذا اذا دخل بأمره بخلاف ما اذا دخل بغير أمره لانه لم يأذن له بالدخول انقطع حكم رب المال عنه فصار تصرفه لنفسه فملك الامر به وقد قالوا في المسلم اذا دخل دار الحرب بأمان فدفن اليه حربي مالا مضارباً بمائة درهم انه على قياس قول أبي حنيفة ومحمد جائز فان اشترى المضارب على هذا ربحاً أو وضع فالوضعية على رب المال والربح على ما اشترط ويستوفي المضارب مائة درهم والباقي لرب المال وان لم يكن في المسال ربح الا مائة فهي كلها للمضارب وان كان أقل من مائة فذلك للمضارب أيضاً ولا شيء للمضارب على رب المال لان رب المال لم يشترط المائة الا من الربح فاما على قول أبي يوسف فالمضاربة فاسدة وللمضارب أجر مثله وهذا فرع اختلافهم في جواز الربا في دار الحرب لما علم (وأما) الذي يرجع الى رأس المال فأناؤه (منها) أن يكون رأس المال من الدراهم والدنانير عند عامة العلماء فلا تجوز المضاربة بالعروض وعند مالك رحمه الله هذا ليس بشرط وتجاوز المضاربة بالعروض والصحيح قول العامة لما ذكرنا في كتاب الشركة ان ربح ما يتعين بالتعيين ربح ما لم يضمن لان العروض تتعين عند الشراء بها والمعين غير مضمون حتى لو هلك قبل التسليم لا شيء على المضارب فالربح عليها يكون ربح ما لم يضمن ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ربح ما لم يضمن وما لا يتعين يكون مضموناً عند الشراء به حتى لو هلك العين قبل التسليم فعلى المشتري به ضمانه فكان الربح على ما في الذمة فيكون ربح المضمون ولان المضاربة بالعروض تؤدي الى جهالة الربح وقت القسمة لان قيمة العروض تعرف بالحرز والظن وتختلف باختلاف المقومين والجهالة تقضي الى المنازعة والمنازعة تقضي الى الفساد وهذا لا يجوز وقد قالوا انه لو دفع اليه عروضاً فقال له بعها واعمل بثمنها مضاربة فباعها بدراهم أو دنانير وتصرف فيها جاز لان لم يصف المضاربة الى العروض وإنما أضافها الى الثمن والتمن تصح به المضاربة فان بعها بمكيل أو موزون جاز البيع عند أبي حنيفة بناء على أصله في الوكيل بالبيع مطلقاً أنه يبيع بالاثمان وغيرها الا أن المضاربة فاسدة لانها صارت مضافة الى مالا تصح المضاربة به وهو الخطأ والشعير وأما على أصلهما فالبيع لا يجوز لان الوكيل بالبيع مطلقاً لا يملك البيع بغير الاثمان ولا تفسد المضاربة لانها لم تصر مضافة الى مالا يصلح به رأس مال المضاربة (وأما) تبر الذهب والقضية فقد جعله في هذا الكتاب بمنزلة العروض وجعله في كتاب الصرف بمنزلة الدراهم والدنانير والا مر فيه موكل الى التعامل فان كان الناس يتعاملون به فهو بمنزلة الدراهم والدنانير فتجوز المضاربة به وان كانوا لا يتعاملون به فهو كالعروض فلا تجوز المضاربة به (وأما) الزبوف والنهرجة فتجوز المضاربة بهاذكره محمد رحمه الله لانها تتعين بالعقد كالجديد (وأما) المستوفة فان كانت لا تزوج فهي كالعروض وان كانت تزوج فهي كالفلوس وذكر ابن سماعه عن أبي يوسف في الدراهم التجارية لا تجوز المضاربة بها لانها كسدت عندهم وصارت سلعة قال ولو أجزت المضاربة بها أجزتها بمكة بالطعام لانهم يتبايعون بالخطئة كما يتبايع غيرهم بالفلوس (وأما) الفلوس فقد ذكرنا الكلام فيها في كتاب الشركة فالخلاص أن في جواز المضاربة بها روايتين عن أبي حنيفة ذكر محمد في المضاربة الكبيرة في الجامع الصغير وقال لا تجوز المضاربة الا بالدراهم والدنانير عند أبي حنيفة وروى الحسن عنه أنها تجوز والصحيح من مذهب أبي يوسف أنها لا تجوز وعند محمد تجوز بناء على أن الفلوس لا تتعين بالتعيين عنده فكانت اثماناً كالدرهم والدنانير وعند أبي حنيفة وأبي يوسف تتعين فكانت كالعروض (ومنها) أن يكون معلوماً فان كان مجهولاً لا تصح المضاربة لان جهالة رأس المال تؤدي الى جهالة الربح وكون الربح معلوماً شرط صحة المضاربة (ومنها)

أن يكون رأس المال عينا لا ديناً فان كان ديناً فالمضاربة فاسدة وعلى هذا يخرج ما إذا كان لرب المال على رجل دين فقال له اعمل بديني الذي في ذمتك مضاربة بالنصف أن المضاربة فاسدة بلا خلاف فان اشترى هذا المضارب و باع له ربحه وعليه وضيعته والدين في ذمته بحال عند أبي حنيفة وعندهما ما اشترى و باع لرب المال له ربحه وعليه وضيعته بناء على أن من وكل رجلاً يشترى له بالدين الذي في ذمته لم يصح عند أبي حنيفة حتى لو اشترى لا يبرأ عما في ذمته عنده وإذا لم يصح الا من بالشراء بما في الذمة لم تصح اضافة المضاربة الى ما في الذمة وعندهما يصح التوكيل ولكن لا تصح المضاربة لان الشراء يقع للموكل فتصير المضاربة بعد ذلك مضاربة بالعرض لانه يصير في التقدير كانه وكله بشراء العرض ثم دفعه اليه مضاربة فتصير مضاربة بالعرض فلا تصح ولو قال لرجل اقبض مالي على فلان من الدين و اعمل به مضاربة جاز لان المضاربة هنا اضيفت الى المقبوض فكان رأس المال عينا لا ديناً ولو اضاف المضاربة الى عين هي امانة في يد المضارب من الدراهم والدنانير بان قال للمودع أو المستبضع اعمل بما في يدك مضاربة بالنصف جاز ذلك بلا خلاف وان اضافها الى مضمونة في يده كالدراهم والدنانير المنصوبة فقال للغاصب اعمل بما في يدك مضاربة بالنصف جاز ذلك عند أبي يوسف والحسن بن زياد وقال زفر لا يجوز (وجه) قوله أن المضاربة تقتضي كون المال امانة في يد المضارب والمغصوب مغصوب في يده فلا يتحقق التصرف للمضاربة فلا يصح ولا يبرأ يوسف أن ما في يده مضمون الى ان يأخذ في العمل فاذا أخذ في العمل وهو الشراء تصير امانة في يده فيتحقق معنى المضاربة فتصح وسواء كان رأس المال مفروزا أو مشاعا بان دفعه الى رجل بعينه مضاربة أو بمضاربة غير مضاربة مشاعا في المال فالمضاربة جائزة لان الاشاعة لا تمنع من التصرف في المال فان المضارب يتمكن من التصرف في المشاع وكذا الشركة لا تمنع المضاربة فان المضارب اذا ربح يصير شريكاً في المال ويجوز تصرفه بعد ذلك على المضاربة فاذا لم يمنع البقاء لا يمنع الابتداء وعلى هذا يخرج ما اذا دفع الى رجل ألف درهم فقال نصفها عليك قرض ونصفها مضاربة ان ذلك جائز أما جواز المضاربة فلما قلنا وأما جواز القرض في المشاع وان كان القرض تبرعاً والشيء يمنع صحة التبرع كالهبة فلان القرض ليس بتبرع مطلق لانه وان كان في الحال تبرعاً لانه لا يقابله عوض للحال فهو تعليق المال بعوض في الثاني الا ترى ان الواجب فيه رد المثل لا رد العين فلم يكن تبرعاً من كل وجه فلا يعمل فيه الشيوع بخلاف الهبة فانها تبرع محض فعلم الشيوع فيها واذا جاز القرض والمضاربة كان نصف الربح للمضارب لانه ربح ملكه وهو القرض ووضيعة عليه والنصف الآخر بينه وبين رب المال على ما شرط لانه ربح مستفاد بمال المضاربة ووضيعة على رب المال ولا تجوز قسمة أحد هادون صاحبه لانه مال مشترك بينهما فلا ينفرد أحد الشريكين بقسمته قالوا ولو كان قال له خذ هذه الالف على أن نصفها قرض عليك على أن تعمل بالنصف الاخر مضاربة على أن الربح لي فهذا مكره لانه شرط لنفسه منفعة في مقابلة القرض وقد نهي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن قرض جرفعا فان عمل على هذا فربح أو وضع فالربح بينهما نصفان وكذا الوضعية (أما) الربح فلان المضارب ملك نصف المال بالقرض فكان نصف الربح له والنصف الاخر بضاعة في يده فكان ربحه لرب المال (وأما) الوضعية فلانها جزء هالك من المال والمال مشترك فكانت الوضعية على قدره ولو قال خذ هذه الالف على أن نصفها مضاربة بالنصف ونصفها هبة فقضها المضارب على ذلك غير مقسوم فالهبة فاسدة لانها هبة المشاع فيما يحتمل القسمة فان عمل في المال فربح كان نصف الربح للمضارب حصبة الهبة ونصف الربح بينهما على ما شرط والوضعية عليهما أما نصف الربح للمضارب حصبة الهبة فلانه ثبت الملك له فيه اذا قبض بعد فاسد فكان ربحه له وأما النصف الاخر فاما يكون ربحه بينهما على الشرط لانه استفيد بمال المضاربة مضاربة بمحبة (وأما) كون الوضعية عليهما فلانها جزء هالك من المال والمال مشترك فان هلك المال في يد المضارب قبل أن يعمل أو بعد ما عمل فهو ضامن لنصف المال وهو الهبة لانه مقبوض بعد فاسد فكان مضموناً عليه كالمقبوض ببيع فاسد ولو كان دفع نصف المال بضاعة ونصفه مضاربة

فقبضه المضارب على ذلك فهو جائز والمال على ماسميان المضاربة والبضاعة والوضعية على رب المال ونصف الربح
 لرب المال ونصفه على ما شرط إلا أن لا تمنع من العمل في المال مضاربة وبضاعة وجازت المضاربة والبضاعة
 وإنما كانت الوضعية على رب المال لأنه لا ضمان على المبيع والمضارب في البضاعة والمضاربة وحصة البضاعة
 من الربح لرب المال خاصة لأن المبيع لا يستحق الربح وحصة المضاربة بينهما على ما شرط إلا أنه ربح حصل من
 مال المضاربة والمضاربة قد سحت فيكون بينهما على الشرط ولو دفع إليه على أن نصفها وديعة في يد المضارب ونصفها
 مضارباً بالنصف فذلك جائز والمال في يد المضارب على ماسميان كل واحد منهما أعني الوديعة والمضاربة أمانة فلا
 يتنافيان فكان نصف المال في يد المضارب وديعة ونصفه مضاربة إلا أن التصرف لا يجوز إلا بعد القسمة لأن كل جزء
 من المال بعضه مضاربة وبعضه وديعة والتصرف في الوديعة لا يجوز فإن قسم المضارب المال نصفين ثم عمل بأحد
 النصفين على المضاربة فربح أو وضع فالوضعية عليه وعلى رب المال نصفان ونصف الربح للمضارب ونصفه على
 ما شرط إلا أن قسمة المضارب المال لم تصبح لأن المالك لم يأذنه فيها فاذا أفرز بعضه فقد تصرف في مال الوديعة ومال
 المضاربة فإما كان في حصة الوديعة فهو غصب فيكون ربحه للغاصب وما كان في حصة المضاربة فهو على الشرط ومن
 هذا الجنس ما إذا دفع إلى رجل متاعاً فباع نصفه من المدفوع إليه بخسامة ثم أمره أن يبيع النصف الباقي ويعمل بالثمن
 كله مضارباً على أن يارزق الله تعالى من شيء فهو بيننا نصفان فباع المضارب نصف المتاع بخسامة ثم عمل بها
 وبالخسامة التي عليه فربح في ذلك أو وضع فالوضعية عليهما نصفان والربح بينهما نصفان في قياس قول أبي حنيفة رحمه
 الله لأن من مذهبه أن من كان له على رجل دين فأمره أن يشتري له بذلك الدين شيئاً لا يصح والمشتري يكون للمأمور
 لا للأمر ويكون الدين على المأمور حالة وإذا كان كذلك فهمنا أمران يعمل بالدين ونصف ثمن المبيع فإربح
 في حصة الدين فهو للمدفع إليه لأنه تصرف في ملك نفسه فيكون ربحه له وما ربح في نصيب الدافع فهو للدافع
 والوضعية عليهما لأن المال مشترك بينهما فكان الهالك بينهما (وأما) في قياس قول أبي يوسف ومحمد فقد أربح
 في الخسامة التي أمره أن يبيع نصف المتاع بها فهو بينهما نصفان على ما شرط وما ربح في النصف الذي عليه من الدين
 يكون لرب المال لأن أصلهما أن الأمر بالشراء بالدين يصح وتكون المضاربة فاسدة لأنه إذا اشتري صار عرضاً
 والمضاربة بالعروض لا تصح فصارت المضاربة هنا جائزة في النصف فاسدة في النصف فالربح في الصحيحة يكون
 بينهما على الشرط وفي الفاسدة يكون لرب المال ولو شرط الدافع لنفسه الثلث والمضارب الثلثين والمسئلة بحالها
 فإن في قول أبي حنيفة ثلثا الربح للمضارب على ما شرط نصف الربح من نصيب المضارب خاصة والسدس من نصيب
 الدافع كأنه قال له اعمل في نصيبك على أن الربح لك واعمل في نصيبي على أن لك ثلث الربح من نصيبي (وأما) على
 قياس قولهما فقد دفع إليه نصفه مضاربة جائزة ونصفه مضاربة فاسدة فالربح في النصف الذي كان ديناً فهو لرب المال
 لأنه مضاربة فاسدة وما ربح في النصف الذي هو ثمن المتاع فالربح بينهما على ما شرط فصار لرب المال ثلثا الربح
 وللمضارب الثلث وإن كان شرط لرب المال ثلث الربح والمضارب الثلث فالربح بينهما نصفان في قول أبي حنيفة لأن
 رب المال شرط النصف من نصيب نفسه والزيادة من نصيب المضارب وشرط الزيادة من غير عمل ولا رأس مال
 باطل فيكون الربح على قدر المال وفي قياس قولهما نصف الربح لرب المال خاصة لأن المضاربة فيه فاسدة وللمضارب
 ثلث ربح النصف الآخر (ومنها) تسليم رأس المال إلى المضارب لأنه أمانة فلا يصح إلا بالتسليم وهو التخليه كالوديعة
 ولا يصح مع بقاء يد الدافع على المال لعدم التسليم مع بقاء يده حتى لو شرط بقاء يد المالك على المال فسدت المضاربة لما
 قلنا فرق بين هذا وبين الشركة فإنها تصح مع بقاء يد رب المال على ماله والفرق أن المضاربة انعقدت على رأس مال
 من أحد الجانبين وعلى العمل من الجانب الآخر ولا يتحقق العمل إلا بعد خروجه من يد رب المال فكان هذا شرطاً
 موافقاً مقتضى العقد بخلاف الشركة لأنها انعقدت على العمل من الجانبين فشرط زوال يد رب المال عن العمل يناقض

مقتضى العقد وكذا الوشرط في المضاربة بعمل رب المال فسدت المضاربة سواء عمل رب المال معه أو لم يعمل لأن شرط عمله معه شرط بقاء يده على المال وأنه شرط فاسد ولو سلم رأس المال إلى رب المال ولم يشترط عمله ثم استعان به على العمل أو دفع إليه المال بضاعة جازلان الاستعانة لا توجب خروج المال عن يده وسواء كان المالك عاقداً أو غير عاقد لا بد من زوال يد رب المال عن ماله لتصح المضاربة حتى إن الأب أو الوصي إذا دفع مال الصغير مضاربة وشرط عمل الصغير لم تصح المضاربة لأن يد الصغير باقية لبقاء ملكه فتمنع التسليم وكذلك أحد شريكي المفاوضة أو العنان إذا دفع مالا مضاربة وشرط عمل شريكه مع المضارب لأن لشريكه فيه ملكاً فيمنع التسليم (فأما) العاقد إذا لم يكن مالكا للمال فشرط أن يتصرف في المال مع المضارب فإن كان ممن يجوز أن يأخذ مال المالك مضاربة لم يفسد المضاربة كالأب والوصي إذا دفع مال الصغير مضاربة وشرط أن يعمل مع المضارب بحزم من الربح لانهما لو أخذوا مال الصغير مضاربة باقتسامها جاز فكذلك إذا شرط عملهما مع المضارب وصار كالأجنبي وإن كان العاقد ممن لا يجوز أن يأخذ مال المالك مضاربة فشرط عمله فسد العقد كما لو أخذ مال المضاربة وشرط عمله مع المضارب لأن المأذون وإن لم يكن مالكا لرقبة المال فيد التصرف ثابتة له عليه فينزل منزلة المالك فيما يرجع إلى التصرف فكان قيام يده ما نفع من التسليم والقبض فيمنع محبة المضاربة وإن شرط المأذون عمل مولاه مع المضارب ولا دين عليه فالمضاربة فاسدة لأن المولى هو المالك للمال حقيقة فإذا حصل المال في يده فقد وجد المالك فيمنع التسليم وإن كان عليه دين فالمضاربة جائزة في قول أبي حنيفة رحمه الله لأن المولى لا يملك هذا المال فصار كالأجنبي (وأما) المكاتب إذا شرط عمل مولاه لم يفسد المضاربة لأن المولى لا يملك اكتساب مكاتبه وهو فيها كالأجنبي ولو دفع إلى إنسان مالا مضاربة وأمره أن يعمل برأيه ودفعه المضارب الأول إلى آخر مضاربة على أن يعمل المضارب معه أو يعمل معه رب المال فالمضاربة فاسدة لأن اليد للمضارب والمالك للمولى وكل ذلك يمنع من التسليم وقد قالوا في المضارب إذا دفع المال إلى رب المال مضاربة بالثلث المضاربة الثانية فاسدة والمضاربة الأولى على حالها جائزة والربح بين رب المال وبين المضارب على ما شرط في المضاربة الأولى ولا أجر لرب المال (أما) فساد المضاربة الثانية فلأن يد رب المال يملك ويد المالك مع يد المضارب لا يجتمعان فلا تصح المضاربة الثانية وبقيت المضاربة الأولى على حالها ولم يذكر القدوري رحمه الله في شرحه مختصر الكرخي خلافاً وذكراً للقاضي في شرحه مختصر الطحاوي أن هذا مذهب أصحابنا الثلاثة وعند زفر رحمه الله تنسخ المضاربة الأولى بدفع المال إلى رب المال والرد عليه (وجه) قوله أن زوال يد رب المال شرط صحة المضاربة فكانت إعادة يده إليه مفسدة لها (ولنا) أن رب المال يصير معينا للمضارب والاعانة لا توجب اخراج المال عن يده فيبقى العقد الأول ولا أجر لرب المال لأنه عمل في ملك نفسه فلا يستحق الاجر (وأما) الذي يرجع إلى الربح فأنواع (منها) اعلام مقدار الربح لأن المقود عليه هو الربح وجهالة المقود عليه توجب فساد العقد ولودفع إليه ألف درهم عن أنهما يشتركان في الربح ولم يبين مقدار الربح جاز ذلك والربح بينهما نصفان لأن الشركة تقتضى المساواة قال الله تعالى عز شأنه وهم شركاء في الثلث ولوقال على أن للمضارب شركاً في الربح جاز في قول أبي يوسف والربح بينهما نصفان وقال محمد المضاربة فاسدة (وجه) قول محمد أن الشركة هي النصيب قال الله تعالى أم لهم شرك في السموات أي نصيب وقال تعالى وما لهم فيها من شرك أي نصيب فقد جعل له نصيباً من الربح والنصيب مجهول فصار الربح مجهولاً (وجه) قول أبي يوسف أن الشرك بمعنى الشركة يقال شركته في هذا الأمر أي شركته وشركا قال القائل

وشاركنا قریشاً في بقاها * وفي أحسابها شرك العنان

ويذكر بمعنى النصيب أيضاً الكن في الحمل على الشركة تصحيح للعقد فيحمل عليها (ومنها) أن يكون الشروط لكل واحد منهما من المضارب ورب المال من الربح جزئاً نصفاً أو ثلثاً أو ربعاً فإن شرط عدداً مقدراً بان

شرط أن يكون لأحدهما مائة درهم من الربح أو أقل أو أكثر والباقي للآخر لا يجوز المضاربة فاسدة لأن المضاربة نوع من الشركة وهي الشركة في الربح وهذا شرط بوجوب قطع الشركة في الربح لجواز أن لا يربح المضارب الا هذا القدر المذكور فيكون ذلك لأحدهما دون الآخر فلا تتحقق الشركة فلا يكون التصرف مضاربة وكذلك ان شرطاً أن يكون لأحدهما النصف أو الثلث ومائة درهم أو قالوا المائة درهم فإنه لا يجوز كما ذكرنا أنه شرط يقطع الشركة في الربح لأنه اذا شرط لأحدهما النصف ومائة فمن الجائز أن يكون الربح مائتين فيكون كل الربح للمضارب وله اذا شرط له النصف المائة فمن الجائز أن يكون نصف الربح مائة فلا يكون له شيء من الربح ولو شرط أن تكون الوضعية عليهما بطل الشرط والمضاربة صحيحة والاصل في الشرط الفاسد اذا دخل في هذا العقد أنه ينظر ان كان يؤدي الى جهالة الربح بوجوب فساد العقد لان الربح هو المعقود عليه وجهالة المعقود عليه توجب فساد العقد وان كان لا يؤدي الى جهالة الربح يبطل الشرط وتصح المضاربة وشرط الوضعية عليهما شرط فاسد لان الوضعية جزء هالك من المال فلا يكون الا على رب المال لانه يؤدي الى جهالة الربح فلا يؤثر في العقد فلا يفسد به العقد ولان هذا عقد تقف محتمته على القبض فلا يفسده الشرط الزائد الذي لا يرجع الى المعقود عليه كالهبة والرهن ولائها وكالة والشرط الفاسد لا يعمل في الوكالة وذكر محمد في المضاربة اذا قال رب المال للمضارب لك ثلث الربح وعشرة دراهم في كل شهر ما عملت في المضاربة صححت المضاربة من الثلث وبطل الشرط وذكر في المزارعة اذا دفع اليه أرضه بثلاث الخارج وجعل له عشرة دراهم في كل شهر فالزراعة باطلة من أصحابنا من قال في المسئلة روايتان رواية كتاب المزارعة تقتضي فساد المضاربة لان المشروط للمضارب من المشاهدة معقود عليه وهو قطع عنه الشركة وهذا يفسد المضاربة وفي رواية كتاب المضاربة يقتضي أن تصح المضاربة لانه عقد على ربح معلوم ثم الحق به شرط فاسد فيبطل الشرط وتصح المضاربة والصحيح هو الفرق بين المستثنين لان معنى الاجازة في المزارعة أظهر منه في المضاربة بتدليل أنها لا تصح الاجادة معلومة والمضاربة لا تقتصر صحتها الى ذكر المدة فالشرط الفاسد جاز أن يؤثر في المزارعة ولا يؤثر في المضاربة وعلى هذا الاصل قال محمد فيمن دفع لأقامضاربة على أن الربح بينهما نصفين على أن يدفع اليه رب المال أرضه ليزرعها سنة أو دار ليسكنها سنة فالشرط باطل والمضاربة صحيحة لانه الحق بها شرط فاسد لا تقتضيه فبطل الشرط ولو كان المضارب هو الذي شرط عليه أن يدفع أرضه ليزرعها رب المال سنة أو يدفع داره الى رب المال ليسكنها سنة فسدت المضاربة لانه جعل نصف الربح عوضاً عن عمله وعن أجره الدار والارض فصارت حصصة العمل مجهولة بالعقد فلم يصح العقد وروى المولى عن أبي يوسف في رجل دفع مالاً الى رجل مضاربة على أن يبيع في دار رب المال أو على أن يبيع في دار المضارب كان جائزاً ولو شرط أن يسكن المضارب دار رب المال أو رب المال دار المضارب فهذا لا يجوز لانه اذا شرط البيع في أحد الدارين فأنما خص البيع بمكان دون مكان ولم يعقد على منافع الدار واذا شرط للمضارب السكنى فقد جعل تلك المنفعة أجراً له وأطلق أبو يوسف أنه لا يجوز ولم يذكر أنه لا يجوز الشرط ولا يجوز المضاربة وذكر القدرى رحمه الله أنه ينبغي أن يكون الفساد في الشرط لا في المضاربة ولو شرط جميع الربح للمضارب فهو قرض عند أصحابنا وعند الشافعي رحمه الله هي مضاربة فاسدة وله أجره مثل ما اذا عمل (وجهه) قوله أن المضاربة عقد شركة في الربح فشرط قطع الشركة فيها يكون شرطاً فاسداً (ولنا) أنه اذا لم يمكن تصحيحها مضاربة تصح قرضاً لانه أتى بمعنى القرض والعبرة في العقود لمعانيها وعلى هذا اذا شرط جميع الربح لرب المال فهو ابضاع عندنا لوجود معنى الابضاع

فصل وأما بيان حكم المضاربة فالمضاربة لا تخلو اما أن تكون صحيحة أو فاسدة ولكل واحد منهما أحكام أما أحكام الصحيحة فكثيرة بعضها يرجع الى حال المضارب في عقد المضاربة وبعضها يرجع الى عمل المضارب مال لكل واحد منهما أن يعمل وما ليس له أن يعمل وبعضه يرجع الى ما يستحقه المضارب بالعمل وما يستحقه رب

للمال بالمال (أما) الذي يرجع الى حال المضارب في عقد المضاربة فهو أن رأس المال قبل أن يشتري المضارب به شيئاً أمانة في يده بمنزلة الوديعة لانه قبضه باذن المالك لا على وجه البدل والوثيقة فاذا اشترى به شيئاً صار بمنزلة الوكيل بالشراء والبيع لانه تصرف في مال الغير بامر وهو معنى الوكيل فيكون شراؤه على المعروف وهو أن يكون بمثل قيمته أو بما يتغابن الناس في مثله كالوكيل بالشراء وبيعه على الاختلاف المعروف في الوكيل بالبيع المطلق ولو اشترى شراء فاسداً يملك اذا قبض لا يكون مخالفاً ويكون الشراء على المضاربة وكذا اذا باع شيئاً من مال المضاربة بيعاً فاسداً لا يصير مخالفاً ولا يضمن لان المضاربة توكيل والوكيل بالشراء والبيع مطلقاً يملك الصحيح والفاسد فلا يصير مخالفاً فاذا ظهر في المال ربح صار شريكاً فيه بقدر حصته من الربح لانه ملك جزءاً من المال المشروط بعمله والباقي لرب المال لانه نساء ماله فاذا فسدت بوجه من الوجوه صار بمنزلة الاجير لرب المال فاذا خالف شرط رب المال صار بمنزلة الغاصب و يصير المال مضموناً عليه ويكون ربح المال كله بعد ما صار مضموناً عليه لانه لان الربح بالضمان لكنه لا يطيب له في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند أبي يوسف رحمه الله يطيب له وهو على اختلافهم في الغاصب والمودع اذا تصرفا في المنصوب والوديعة وربحاً ولو أراد رب المال أن يجعل المال مضموناً على المضارب فالحيلة في ذلك أن يقرض المال من المضارب ويشهد عليه ويسلمه اليه ثم يأخذ منه مضاربة بالنصف أو بالثلث ثم يدفعه الى المستقرض فيستعين به في العمل حتى لو هلك في يده كان القرض عليه واذا لم يهلك وربح يكون الربح بينهما على الشرط وحيلة أخرى أن يقرض رب المال جميع المال من المضارب الا درهما واحداً ويسلمه اليه ويشهد على ذلك ثم انهما يشتركان في ذلك شركة عنان على أن يكون رأس مال المقرض درهما ورأس مال المستقرض جميع ما استقرض على أن يعمل جميعاً وشرطاً أن يكون الربح بينهما ثم بعد ذلك يعمل المستقرض خاصة في المال فان هلك المال في يده كان القرض على حاله ولو ربح كان الربح بينهما على الشرط (وأما) الذي يرجع الى عمل المضارب ماله أن يعمل بالعقد وما ليس له أن يعمل به فجملة الكلام فيه أن المضاربة نوعان مطلقة ومقيدة فالمطلقة أن يدفع المال مضاربة من غير تعيين العمل والمكان والزمان وصفة العمل ومن يعامله والمقيدة أن يعين شيئاً من ذلك وتصرف المضارب في كل واحد من النوعين يتقسم أربعة أقسام قسم منه للمضارب أن يعمل به من غير الحاجة الى التنصيص عليه ولا الى قول اعمل برأيك فيه وقسم منه ما ليس له أن يعمل ولوقيل له اعمل فيه برأيك الا بالتنصيص عليه وقسم منه ماله أن يعمل اذا قيل له اعمل فيه برأيك وان لم ينص عليه وقسم منه ما ليس له أن يعمل برأسا ونص عليه (وأما) القسم الذي للمضارب أن يعمل من غير التنصيص عليه ولا قول اعمل برأيك كالمضاربة المطلقة عن الشرط والقيود وهي ما اذا قال له خذ هذا المال واعمل به على أن ما رزق الله من ربح فهو بيننا على كذا أو قال خذ هذا المال مضاربة على كذا فله أن يشتري به وبيعه لانه امره بعمل هو سبب حصول الربح وهو الشراء والبيع وكذا المقصود من عقد المضاربة هو الربح والربح لا يحصل الا بالشراء والبيع الا أن شراءه يقع على المعروف وهو أن يكون بمثل قيمة المشتري أو باقل من ذلك مما يتغابن الناس في مثله لانه وكيل وشراء الوكيل يقع على المعروف فان اشترى بما لا يتغابن الناس في مثله كان مشترياً لنفسه لا على المضاربة بمنزلة الوكيل بالشراء (وأما) بيعه فعلى الاختلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه رضي الله تعالى عنهم في التوكيل بمطلق البيع أنه يملك البيع نقدًا ونسيئةً وبغبن فاحش في قول أبي حنيفة رحمه الله فالمضارب أولى لان المضاربة أعم من الوكالة وعندهما لا يملك البيع بالنسيئة ولا بما لا يتغابن الناس في مثله وهي من مسائل كتاب الوكالة وله أن يشتري ما بدله من سائر أنواع التجارات في سائر الامكنة مع سائر الناس لا طلاق العقد وله أن يدفع المال بضاعة لان البضاعة من عادة التجار ولان المقصود من هذا العقد هو الربح والبضاعة طريق الى ذلك ولانه يملك الاستئجار فلا بضاعة أولى لان الاستئجار استعمال في المال بعوض والبضاعة استعمال فيه بعوض فكان أولى وله أن يودع لان الايداع من عادة التجار ومن ضرورات التجارة وله أن

يستأجر من يعمل في المال لانه من عادة التجار و ضرورات التجارة أيضا لان الانسان قد لا يتمكن من جميع الاعمال بنفسه فيحتاج الى الاجير وله أن يستأجر البيوت ليجمع المال فيها لانه لا يتقدر على حفظ المال الابنه وله أن يستأجر السفن والدواب للحمل لان الحمل من مكان الى مكان طريق يحصل الربح ولا يمكنه النقل بنفسه وله أن يوكل بالشراء والبيع لان التوكيل من عادة التجار ولانه طريق الوصول الى المقصود وهو الربح فكان بسبيل منه كالشريك ولان المضاربة اعم من الوكالة ويجوز أن يستفاد بالشئ ما هو دونه بخلاف الوكالة المفردة أن الوكيل لا يملك أن يوكل غيره بمطلق الوكالة الا اذا قيل له اعمل برأيك لان المقصود من ذلك ليس هو التجارة وحصول الربح بل ادخال المبيع في ملكه وكذا الوكالة الثانية مثل الاولى والشئ لا يستتبع مثله وكل مال المضارب أن يعمل بنفسه فله أن يوكل فيه غيره وكل مالا يكون له أن يفعله بنفسه لا يجوز فيه وكالته على رب المال لانه لما ملك أن يعمل بنفسه فبوكيله أولى وله أن يرهن بدين عليه في المضاربة من مال المضاربة وأن يرهن بدين له منها على رجل لان الرهن بالدين والارتهان من باب الايفاء والاستيفاء وهو يملك ذلك فيملك الرهن والارتهان وليس له أن يرهن بمعدني رب المال عن العمل ولا بمعدوته لان المضاربة تبطل بالنهي والموت الا في تصرف ينضربه رأس المال والرهن ليس تصرفا ينضربه رأس المال فلا يملك المضارب ولو باع شيئا وأخر الثمن جاز لان التأخير للثمن عادة التجار وأما على أصل أي حنيفة عليه الرحمة فلان الوكيل بالبيع يملك تأخير الثمن فالمضارب أولى لان تصرفه اعم من تصرف الوكيل الا أن الوكيل بالبيع اذا أخر الثمن يضمن عندهما والمضارب لا يضمن لان المضارب يملك أن يستقبل ثم يبيع نسيئة فيملك التأخير ابتداء فلم يضمن فأما الوكيل فلا يملك الا قاله ثم البيع بالنسيئة فاذا أخر ضمن (وأما) عند أبي يوسف فانه جاز تأخير المضارب دون الوكيل لهذا المعنى أيضا وهو أن المضارب يملك أن يشتري السلعة أو يستقبل فيها ثم يبيعها نسيئة فيملك تأخير ثمنها والوكيل لا يملك ذلك وله أن يحتال بالثمن على رجل موسرا كان المحتال عليه أو معسر لان الحوالة من عادة التجار لان الوصول الى الدين قد يكون أيسر من ذمة الحال عليه منه من ذمة المحيل بخلاف الوصي اذا احتال بمال اليتيم ان ذلك ان كان أصلح جاز والا فلا لان تصرف الوصي في مال اليتيم مبني على النظر وتصرف المضارب مبني على عادة التجار قال محمد وله أن يستأجر أرضا بيبضاء ويشترى ببعض المال طعاما فيزرع فيها وكذلك له أن يقلها ليغرس فيها نخلا أو شجرا أو رطبا فذلك كله جاز والربح على ما شرط لان الاستئجار من التجارة لانه طريق حصول الربح وكذا هو من عادة التجار فيملك المضارب والمضارب أن لا يسافر بالمال لان المقصود من هذا العقد استئناء المال وهذا المقصود بالسفر أو فرولان العقد صدر مطلقا عن المكان فيجوز على اطلاقه ولان ما خذ الاسم دليل عليه لان المضاربة مشتقة من الضرب في الارض وهو السير قال الله تبارك وتعالى وآخرون يضر بون في الارض يبتغون من فضل الله ولانه طلب الفضل وقد قال الله تعالى عز شأنه وابتغوا من فضل الله وهذا قول أبي حنيفة ومحمد وهو قول أبي يوسف في رواية محمد عنه وفي رواية أصحاب الاملاء عنه ليس له أن يسافر وروى عنه انه فرق بين الذي يثبت في وطنه وبين الذي لا يثبت وبين ماله حمل ومؤنة وبين ماله حمل له ولا مؤنة في الشركة فالمضارب على ذلك وقد ذكرنا وجه كل واحد من ذلك في كتاب الشركة وقد قال أبو يوسف عن أبي حنيفة رحمه الله انه اذا دفع الىه المال بالكوفة وهما من أهلها فان أباحنيفة قال ليس له أن يسافر بالمال ولو كان الدفع في مصر آخر غير الكوفة فلم يضارب أن يخرج به حيث شاء وقد ذكرنا وجه الرواية المشهورة في كتاب الشركة (وأما) وجه رواية أبي يوسف عنه فهو ان المسافر بالمال مخاطرة به فلا يجوز الا باذن رب المال نصا أو دلالة فاذا دفع المال اليه في بدنه فلم يأذن له بالسفر نصا ولا دلالة لم يكن له أن يسافر واذا دفع اليه في غير بدنه فقد وجد دلالة الاذن بالرجوع الى الوطن لان العادة ان الانسان لا يأخذ المال مضاربة ويترك بدنه فكان دفع المال في غير بدنه رضا بالرجوع الى الوطن فكان اذا دلالة وله أن يأذن لعبيد المضاربة بالتجارة في ظاهر الرواية لان الاذن بالتجارة

من التجارة ومن عادة التجار أيضا وروى ابن رستم عن محمد أنه لا يملك ذلك باطلاق المضاربة لان الاذن بالتجارة أعم من المضاربة فلا يستتبع ما هو فوقه وله أن يبيعهم اذا حقهم دين سواء كان المولى حاضرا أو غائبا لان البيع في الدين من التجارة فلا يقف على حضور المولى ولو جنى عبد المضاربة بأن قتل انسانا خطأ وقيمته مثل مال المضارب بأن كان رأس المال الف درهم فاشترى بها عبد أقيمت له الف فقتل انسانا خطأ لا يخاطب المضارب بالدفع أو القداء لان الدفع أو القداء ليس من التجارة ولا ملك أيضا للمضارب في رقبته لا نعدام الفعل والتدبير في جنايته الى رب المال لان رقبته خالص ملكه ولا ملك للمضارب فيها بخلاف عبد المأذون اذا جنى انه يخاطب المأذون بالدفع أو القداء مع غيبة المولى لان العبد المأذون في التصرف كالحر لا يتصرف لنفسه كالحر بدليل انه لا يرجع بالعهد على المولى ولو كان متصرفا للمولى لرجع بالعهد عليه فلما لم يرجع دل انه يتصرف لنفسه وانما يظهر حق المولى في كسبه عند فراغه عن حاجته فاذا تعلقت الجناية برقبته صارت مشغولة فلا يظهر حق المولى في مخاطب بالدفع كالحر (فأما) المضارب فانه وكيل رب المال في التصرف حتى يرجع بالعهد عليه والوكيل بالشراء لا يخاطب بحكم الجناية فهو الفرق بين المستثنين فان اختار رب المال الدفع واختار المضارب القداء فله ذلك لانه بالقداء يستبقى مال المضاربة وله فيه فائدة في الجملة لتوهم الربح ولودفع رب المال او فدى خرج العبد من المضاربة (أما) اذا دفع فلا شك فيه لان بالدفع زال ملكه لا الى بدل فصار كما نهلك واذا فدى فقد لزمه ضمان ليس من مقتضيات المضاربة ولا من اختيار القداء دليل رغبته في عين العبد فلا يحصل المقصود من العقد وهو الربح لان ذلك بالبيع ولو كان قيمة العبد ألقي في جناية خطأ لا يخاطب المضارب بالدفع أو القداء اذا كان رب المال غائبا لما قلنا وليس لأصحاب الجناية على المضارب ولا على الغلام سبيل الا أن لهم أن يستوتقوا من الغلام بكفيل الى أن يقدم المولى وكذا لا يخاطب المولى بالدفع أو القداء اذا كان المضارب غائبا وليس لاحدهما أن يفدى حتى يحضرا جميعا فان فدى كان متطوعا بالقداء فاذا حضر ادفع أو فدى فان دفعا فليس لهما شيء وان فدى كان القداء عليهما أرباوا وخرج العبد من المضاربة وهذا قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف حضور المضارب ليس بشرط ويخاطب المولى بحكم الجناية (وجه) قوله ان نصيب المضارب لم يتعين في الربح لعدم تعيين رأس المال لان التبعين بالقسمة ولم توجد في المال على حكم ملك رب المال فكان هو المخاطب بحكم الجناية فلا يشترط حضور المضارب (ولهما) انه اذا كان في المضاربة فضل كان للمضارب ملك في العبد ولهذا اعتقه نقدا اعتاقه في نصيبه واذا كان له نصيب في العبد كان فداء نصيبه عليه فلا بد من حضوره (وأما) قوله ان حقه لم يتعين في الربح لعدم تعيين رأس المال فمنوع بل تعين ضرورة لزوم القداء في نصيبه ولا يلزم الابتعين حقه ولا يتعين حقه الا بتعيين رأس المال ولا يتعين رأس المال الا بالقسمة فثبتت القسمة ضرورة فان اختار أحدهما الدفع والاخر القداء فلهما ذلك لان كل واحد منهما مالك لنصيبه فصار كالعبد المشترك غير ان في العبد المشترك اذا حضر أحد الشرى يكن وغاب الآخر يخاطب الآخر بحكم الجناية من الدفع أو القداء وهما لا يخاطب واحد منهما ما لم يحضرا جميعا لان تصرف أحدهما يتضمن قسمة لان المال لا يبقى على المضاربة بعد الدفع أو القداء والقسمة لا تصح الا بحضورهما والدفع أو القداء من أحد الشرى يكن لا يتضمن قسمة ولا حكما في حق الشرى الآخر فلا يقف على حضوره وهذا بخلاف العبد المرهون اذا كانت قيمته أكثر من الدين فخفى جناية خطأ انه يخاطب الراهن والمرتهن بحكم الجناية فان اختار أحدهما الدفع والاخر القداء لم يكن لهما ذلك ويلزمهما أن يجتمعا على أحد الأمرين لان الملك هناك واحد فاختلف اختيارهما يوجب تبعيض موجب الجناية في حق مالك واحد وهذا لا يجوز كالعبد الذي ليس برهن وهنا مالك العبد اثنان فلو اختلف اختيارهما لا يوجب ذلك تبعيض موجب الجناية في حق مالك واحد وقد قالوا اذا غاب أحدهما وادعت الجناية على العبد لم تسمع البينة حتى يحضرا لان كل واحد منهما له حق العبد فكان التدبير في الجناية اليهما فلا يجوز سماع البينة على أحدهما مع غيبة الآخر وانما أخذ بالعبد ككفيل لانه لا يؤمن عليه أن يغيب فيسقط

حق ولى الجناية لان حقه تعلق برقبته فكان له أن يستوثق حقه بكفيل وحقوق العقد في الشراء والبيع ترجع الى المضارب لا الى رب المال لان المضارب هو العاقد فهو الذى يطالب بتسليم المبيع ويطالب بتمن الثمن ويقبض المبيع والثمن ويرد بالعيب ويرد عليه ويخاصم ويخاصم لما قلنا ولو اشترى المضارب عبد اميبا قد علم رب المال بعيبه ولم يعلم به المضارب فلم يضارب أن يردده ولو كان علم بالعيب ولم يعلم به رب المال لم يكن للمضارب أن يردده لان حقوق العقد تتعلق بالمضارب لا برب المال فيعتبر علم المضارب لا علم رب المال ولو اشترى عبد افظهر به عيب فقال رب المال بعد الشراء رضيت بهذا العبد بطل الرد لان الملك لرب المال فاذا رضى به فقد أبطل حق نفسه ولو أن رب المال دفع اليه ألف درهم مضارباً على أن يشتري بها عبد فلان بعينه ثم يبيعه فاشتراه المضارب ولم يره فليس له أن يردده بخيار الرؤية ولا بخيار العيب لان أمره بالشراء بعد العلم رضاه منه بذلك العيب فكانه قال بعد الشراء قد رضيت بخلاف ما اذا أمره بشراء عبد غير معين لانه لا يعلم انه يشتري العبد المعيب لا محالة حتى يكون عليه دلالة الرضا به وهى له أن يأخذ بالشفعة في دار اشتراها أجنبي الى جنب دار المضارب أو باع رب المال دار نفسه والمضارب شفعيها بدار أخرى من المضاربة ففيه تفصيل نذكره ان شاء الله تعالى ولو دفع المال الى رجلين مضارباً فليس لأحدهما أن يبيع ويشتري بغير إذن صاحبه ولا يعمل أحدهما شيئاً مما للمضارب الواحد أن يعمل سواء قال لهما اعملا برأبكما أو لم يقل لانه رضى برأبهما ولم يرض بأحدهما فصارا كالوكيلين واذا أذن له الشريك في شئ من ذلك جاز في قولهم جميعاً لانه لما أذن له فقد اجتمع رأيهما فصارا كأنهما عقداً جميعاً (وأما) القسم الذى ليس للمضارب أن يعمله الا بالتنصيص عليه في المضاربة المطلقة فليس له أن يستدين على مال المضاربة ولو استدان لم يجز على رب المال ويكون ديناً على المضارب في ماله لان الاستدانة اثبات زيادة في رأس المال من غير رضارب المال بل فيه اثبات زيادة ضمان على رب المال من غير رضاه لان ثمن المشتري برأس المال في باب المضاربة مضمون على رب المال بدليل أن المضارب لو اشترى برأس المال ثم هلك المشتري قبل التسليم فان المضارب يرجع الى رب المال بمثله فلو جوزنا الاستدانة على المضاربة لألزمناه زيادة ضمان لم يرض به وهذا لا يجوز ثم الاستدانة هى أن يشتري المضارب شيئاً بثن دين ليس في يده من جنسه حتى انه لو لم يكن في يده شئ من رأس المال من الدراهم والدنانير بأن كان اشترى برأس المال سلعة ثم اشترى شيئاً بالدراهم أو الدنانير لم يجز على المضاربة وكان المشتري له عليه ثمنه من ماله لانه اشترى بثن ليس في يده من جنسه فكان مستديناً على المضاربة فلم تجز على رب المال وجاز عليه لان الشراء وجد نقاداً عليه كالوكيل بالشراء اذا خالف وسواء كان اشترى بثن حال أو مؤجل لانه لما اشترى بماله في يده من جنسه صار مستديناً على المضاربة وهو لا يملك ذلك ولو كان ما في يد المضارب من العبد أو العرض يساوى رأس المال أو أكثر فاشترى شيئاً للمضاربة بالدراهم والدنانير لبيع العرض ويؤدى ثمنه منها لم يجز سواء كان الثمن حالاً أو مؤجلاً لما ذكرناه استدانة ولو باع ما في يده من العرض بالدراهم والدنانير وحصل ذلك في يده قبل حل الاجل لم ينتفع بذلك لانه لما خالف في حالة الشراء لزمه الثمن وصارت السلعة له لانه لم يملك الشراء للمضاربة فوقع العقد له فلا يصير بعد ذلك للمضاربة وكذا اذا قبض المضارب مال المضاربة ليس له أن يشتري بأكثر من رأس المال الذى في يده لان الزيادة تكون ديناً وليس في يده من مال المضاربة ما يؤديه حتى لو اشترى سلعة بالثمن درهم ومال المضاربة ألف كانت حصة الألف من السلعة المشتراة للمضارب وبه حصة ما زاد على الألف للمضارب خاصة له ربح ذلك وعليه وضيعته والزيادة دين عليه في ماله لانه يملك الشراء بالألف ولا يملك الشراء بما زاد عليها للمضاربة ويملك الشراء لنفسه فوقع له وكذا اذا قبض المضارب رأس المال وهو قائم في يده فليس له أن يشتري للمضاربة بغير الدراهم والدنانير من المكيل والموزون والمعدود والثوب الموصوف المؤجل اذا لم يكن في يده شئ من ذلك لان الشراء بغير المال يكون استدانة على المال ولو كان في يده من مال المضاربة مكيل أو موزون فاشترى ثوباً أو عبد بمكيل أو

موزون موصوف في الذمة كان المشتري للمضارب لان في يده من جنسه فلم يكن استدانة ولو كان في يده دراهم فاشترى سلعة بدرهم نسيئة لم يكن استدانة لان في يده من جنسه ولو كان في يده دراهم فاشترى بدنانير أو كان في يده دنانير فاشترى بدرهم فالقياس أن لا يجوز على رب المال وهو قول زفر وفي الاستحسان يجوز (وجه) القياس أن الدراهم والدنانير جنسان مختلفان حقيقة فقد اشترى بما ليس في يده من جنسه فيكون استدانة كما لو اشترى بالعر وض (وجه) الاستحسان أن الدراهم والدنانير عند التجار كجنس واحد لانهما أثمان الاشياء بهما تقدر النفقات وأروش الجنايات وقيمة المتلفات ولا يتعذر نقل كل واحد منهما الى الآخر فكانا بمنزلة شيء واحد فكان مشترياً بثن في يده من جنسه وكذلك لو اشترى بثن هو من جنس رأس المال لكنه يخالفه في الصفة بان اشترى بدرهم بيض ورأس المال دراهم سود أو اشترى بصحاح ورأس المال غلة أو اشترى بدرهم سود ورأس المال دراهم بيض أو اشترى بدرهم غلة ورأس المال صحاح فذلك جائز على المضاربة وقال زفر لا يجوز شيء من ذلك على المضاربة ويكون استدانة ويجعل اختلاف الصفة كاختلاف الجنس وقال محمدان اشترى بما صفتها نقص من صفة رأس المال جاز وهذا يشير الى أنه لو اشترى بما صفتها أزيد من صفة رأس المال انه لا يجوز على المضاربة (ووجهه) انه اذا اشترى بما صفتها نقص من صفة رأس المال كان في يده ذلك القدر الذي اشترى به ذلك القدر وزيادة فجاز واذا اشترى بما صفتها أكثر لم يكن في يده القدر الذي اشترى به فلا يجوز على المضارب والصحيح قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله انه لما جاز عند اختلاف الجنس فلان يجوز عند اختلاف الصفة أولى لان تفاوت الصفة دون تفاوت الجنس ولو كان رأس المال الف درهم فاشترى سلعة بالف أو بدنانير أو بفلس قيمة ذلك الف لا يملك أن يشتري بعد ذلك على الف المضاربة شيئاً بالف أخرى أو غير ذلك لان مال المضاربة كان مستحقاً بالثن الاول فلو اشترى بعد ذلك لصار مستديناً على مال المضاربة فلا يملك ذلك فان اشترى عليها أولاً بعد الخمسة لا يملك بعد ذلك أن يشتري الا بقدر خمسة لان الخمسة خرجت من المضاربة وكذلك كل دين يلحق رأس المال لان ذلك صار مستحقاً من رأس المال فيخرج القدر المستحق من المضاربة فاذا اشترى باكثر مما بقي صار مستديناً على مال المضاربة فلا يصح ولو باع المضارب واشترى وتصرف في مال المضاربة فحصل في يده صنوف من الاموال من المكيل والموزون والمعدود وغير ذلك من سائر الاموال ولم يكن في يده دراهم ولا دنانير ولا فلس فليس له أن يشتري متاعاً بثن ليس في يده مثله من جنسه وصفته وقدره بان اشترى عبداً بكر حنطة موصوفة فان اشترى بكر حنطة وسط وفي يده الوسط أو بكر حنطة جيدة وفي يده جاز وان كان في يده أجرد مما اشترى به أو أدون لم يكن للمضارب بة وكان للمضارب لانه اذا لم يكن في يده مثل الثمن صار مستديناً على المضاربة فلا يجوز وليس اختلاف الصفة هنا كاختلاف الصفة في الدراهم لان اختلاف الجنس هناك بين الدراهم والدنانير لا يمنع الجواز فاختلاف الصفة أولى لانه دونه واختلاف الجنس هنا يمنع الجواز فكذا اختلاف الصفة ثم في جميع ما ذكرنا أنه لا يجوز من المضارب الاستدانة على رب المال يستوى فيه ما اذا قال رب المال اعمل برأيك أو لم يقل لان قوله اعمل برأيك تفويض اليه فيها هو من المضاربة والاستدانة لم تدخل في عقد المضاربة فلا يملكها المضارب الا باذن رب المال بها نصاً ثم كما لا يجوز للمضارب الاستدانة على مال المضاربة لا يجوز له الاستدانة على اصلاح مال المضاربة حتى لو اشترى المضارب بجميع مال المضاربة ثياباً ثم استأجر على حملها أو على قصارتها أو نقلها كان متطوعاً في ذلك كله لانه اذا لم يبق في يده شيء من رأس المال صار بالاستئجار مستديناً على المضاربة فلم يحجز عليها فصار عاقد لنفسه متطوعاً في مال الغير كما لو حمل متاعاً بالغيره أو قصر ثياباً بالغيره بغير أمره وقال محمد وكذلك اذا صنفها سوداً من ماله فنقصها ذلك لان الاستدانة لا تجوز ولا يصير شريراً كالسواد لانه لم يوجب في العين زيادة بل أوجب نقصاً فيها ولا يضمن بفعله سواء قال له اعمل برأيك أو لم يقل لانه ما ذون فيه بعقد المضاربة بدليل أنه لو كان في يده فضل فصبيغ الثياب به سوداً

فنفصمها ذلك لم يضمن وكذلك اذا صبغها بمال نفسه ولو صبغ المتاع بصفر أو زعفران أو صبغ يزيد فيها وليس في يده من مال المضاربة شيء فان كان لم يقل اعمل برأيك فهو ضامن ورب المال بالخيار ان شاء ضمنه قيمة متاعه يوم صبغه وسلم اليه المتاع وان شاء ترك المتاع حتى يباع فيتصرف فيه رب المال بقيمته أبيض وتصرف المضارب بما زاد الصبغ فيه لان الصبغ عين مال قائم فما اصاب المتاع فهو مال المضاربة وما زاد الصبغ للمضارب خاصة لان الصبغ استدانة على المال وذلك لا يجوز فصار الصبغ من غير المضاربة والمضارب اذا خلط مال نفسه بمال المضاربة ولم يقل له اعمل برأيك يضمن وصار كاجني خلط المال ولو صبغ الثياب أجني كان للمالك الخيار ان شاء ضمنه قيمتها وان شاء تركها على الشركة وتضار بائنها على الشركة كذا هذا وان كان قال له اعمل برأيك فلا ضمان عليه لانه اذا قال ذلك فله أن يخلط مال نفسه بمال المضاربة والصبغ على ماله فلا يضمن بخلطه وصار المتاع بينهما فاذا بيع المتاع قسم الثمن على قيمة الثوب أبيض فما اصاب ذلك كان في المضاربة وما اصاب الصبغ كان للمضارب واذا اذن للمضارب أن يستدين على مال المضاربة جاز له الاستدانة وما يستدينه يكون شركة بينهما شركة وجوه وكان المشتري بينهما نصفين لانه لا يمكن أن يجعل المشتري بالدين مضاربة لان المضاربة لا تجوز الا في مال عين فتجعل شركة وجوه ويكون المشتري بينهما نصفين لان مطلق الشركة يقتضي التساوي وسواء كان الربح بينهما في المضاربة نصفين أو أثلاثا لان هذه شركة على حدة فلا يبنى على حكم المضاربة وقد بينا في كتاب الشركة أنه لا يجوز التفاضل في الربح في شركة الوجوه الا بشرط التفاضل في الضمان فان شرط التفاضل في الضمان كان الربح كذلك وان اطلقا كان المشتري نصفين لا يجوز فيه التفاضل في الربح واذا صارت هذه شركة وجوه صار الثمن ديناً عليهما من غير مضاربة فلا يملك المضارب أن يرهن به مال المضاربة الا باذن رب المال فان اذن له ان يرهن بجميع الثمن فقد آره نصف الرهن ليرهن بدينه وان هلك صار مضمونا عليه وليس له أن يقرض مال المضاربة لان القرض تبرع في الحال اذ لا يقبله عوض للحال وانما يصير مبادلة في الثاني ومال الغير لا يحتل التبرع وكذلك الهبة والصدقة لان كل واحد منهما تبرع ولا يأخذ سفتجة لان أخذها استدانة وهو لا يملك الاستدانة وكذلك يعطى سفتجة لان اعطاء السفتجة اقراض وهو لا يملك الاقراض الا بالتصميم عليه هكذا قال محمد عن أبي حنيفة أنه قال ليس له أن يقرض ولا أن يأخذ سفتجة حتى يأمره بذلك بعينه فيقول له خذ السفاتج وأقرض ان أحببت فاما اذا قال له اعمل في ذلك برأيك فاما هذا على البيع والشراء والشركة والمضاربة واخلط المال وهذا قول أبي يوسف وقولنا ما ذكرنا ان قوله اعمل في ذلك برأيك تفويض الرأي اليه في المضاربة والتبرع ليس من عمل المضاربة وكذا الاستدانة بل هي عند الاذن شركة وجوه وهي عقد آخر وراء المضاربة وهو انما فوض اليه الرأي في المفاوضة خاصة لا في عقد آخر لا تعلق له بها فلا يدخل في ذلك وليس أن يشتري بما لا يتغابن الناس في مثله وان قال له اعمل برأيك ولو اشتري يصير مخالفا لان المضاربة توكيل بالشراء والتوكيل بالشراء مطلقا ينصرف الى المتعارف وهو أن يكون بمثل القيمة أو بما يتغابن الناس في مثله ولان الشراء بما لا يتغابن في مثله محاباة والمحاباة تبرع والتبرع لا يدخل في عقد المضاربة وليس له ان يعتق على مال لانه ازالة الملك عن الرقبة بدین في ذمة المقلس فكان في معنى التبرع ولا أنه ليس بتجارة اذ التجارة مبادلة المال بالمال وهذا مبادلة العتق بالمال وليس له أن يكتب لان الكتابة ليست بتجارة لانعدام مبادلة المال بالمال لهذا لا يملك المأذون له في التجارة وليس له ان يعتق عبداً من المضاربة اذا لم يكن في نفس العبد فضل عن رأس المال فان اعتق لم ينفذ لان العقد السابق لا يفيد ولا لانه لا يملك الا عتاق على مال وفيه معنى المبادلة فلا عتاق بغير مال أولى ولا ملك للمضارب في العبد مما لا ينفذ اعتاقه وسواء كان في يد المضارب مال آخر سوى العبد أو لم يكن لان العبد اذا كان بقدر رأس المال لا فضل فيه لم يتعين للمضارب فيه حق لانه مشغول برأس المال بدليل أنه لو هلك ذلك المال يصير العبد رأس المال وان كان في نفس العبد المعتق فضل عن رأس المال جاز اعتاقه في قدر حصته من الربح لانه اذا كان قيمته أكثر من رأس

المال فقد تعين المضارب فيه ملك فينفذ اعتاقه في قدر نصيبه كعبد بين شر يكن اعتقه أحدهما وكذلك ان كاتب
عبد آمن المضاربة أو اعتقه على مال ولم يكن فيه فضل أنه لم يحز وان كان فيه فضل كان كعبد بين شر يكن اعتقه أحدهما
على مال فاذا قبل العبد عتق عليه نصيبه وكان رب المال بالخيار ولرب المال فسخ الكتابة قبل الاداء
لانه لا يتضرر به في الحال وفي الثاني أما في الحال فلا يمنع عليه بيع نصيبه وهبته مادام شي منه فكذا هذا (وأما) الثاني
فلا نه لو أدى وعتق نفسه يفسد الباقي على رب المال فأكد دفع هذا الضرر بالفسخ لان الكتابة قابلة
للفسخ فله أن يفسخ كأحد الشر يكن اذا باع حصته من بيت معين من دار مشتركة بينهما كان لشريكه
نقض بيعه وان باع ملك نفسه ما أن الشريك يتضرر بنفاذ هذا البيع فانه متى أراد أن يقسم الدار يحتاج الى قسمين
قسيمة البيت مع المشتري وقسيمة بقية الدار مع الشريك الاول ويتضرر فكان له نقض البيع دفعا للضرر عنه فكذا
هذا بخلاف ما اذا بر المضارب نصيبه أو اعتق انه ينفذ وان كان يتضرر به رب المال لان الضرر انما يدفع اذا أمكن
وهناك لا يمكن لان التدبير والاعتاق تصرفان لا يمتثلان للفسخ بخلاف الكتابة فان أدى الكتابة قبل الفسخ
عتق لوجود شرط العتق وهو الاداء الا أن رب المال أن يأخذ مما أداها المكاتب قدر حصته من المؤدى لانه كسب
عبد مشترك بينهما وكذلك اذا كان رأس المال ألف درهم فاشتري بها المضارب عشرين قيمة كل واحد منهما ألف
فاعتق أحدهما انه لا يجوز اعتاقه عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر بجوز اعتاقه في نصيبه منها لان رأس المال ليس الا
الألف فما زاد على ذلك يكون ربها ويكون للمضارب فيه نصيب فينفذ اعتاقه في نصيبه (ولنا) انه لا يتعين للمضارب
ملك في أحد العبدان لان كل واحد منهما يجوز أن يكون رأس المال والاخر ربها فليس أحدهما بأن يجعل رأس
المال والاخر ربها أولى من القلب فيجعل كل واحد منهما كان ليس معه غيره ولان حق المضارب لا يتعين في
الربح قبل تعين رأس المال ورأس المال لم يتعين الا بتعيين ملك المضارب في الربح وكذلك لو كان في يد المضارب
عشرون عبد اقيمة كل واحد منهم ألف درهم ورأس المال ألف درهم انه لا يجوز عتقه في واحد منهم لانه لا يتعين
للمضارب في واحد منهم ملك لان كل واحد منهم يصلح أن يكون رأس المال فاذا ملك شيأ منهم لم ينفذ اعتاقه
من مشايخنا من قال هذا على أصل أبي حنيفة ان العبيد والجواري لا يقسمون قسيمة واحدة بل كل شخص يقسم
على حدة لان العبيد والجواري بمنزلة أجناس مختلفة من سائر الاموال ولا يتعين للمضارب ملك في الاجناس المختلفة
من العروض ونحوها فأما على أصل أبي يوسف ومحمد انهم يقسمون قسيمة واحدة بمنزلة الدواب فظهر الربح فينفذ
اعتاقه في قدر نصيبه من الربح وقال بعض مشايخنا ان هذا لا اتفاق لان عندهما انما يقسم القاضى قسيمة واحدة اذا
رأى القاضى ذلك فاما قبل ذلك فلا بل العبيد بمنزلة الاجناس المختلفة لهذا لا يصح التوكيل بشراء عبد دون بيان الثمن
بالاتفاق كالتوكيل بشراء ثوب لهذا لو كانت العبيد للخدمة بين اثنين لا تجب على أحدهما صدقة الفطر بسببهم في عامة
الروايات والاصل ان مال المضاربة اذا كان من جنس واحد وفيه فضل عن رأس المال انه يضم بعضه الى بعض
ويتعين نصيب المضارب فيما زاد على رأس المال واذا كان من جنسين مختلفين كل واحد منهما مثل رأس المال
لا يضم أحدهما الى الآخر فلا يتعين للمضارب في أحدهما ملك لاشتغال كل واحد منهما برأس المال وقد قالوا في
هذه المسئلة ان رب المال لو اعتق العبيد فذا اعتاقه في جميعهم لانه اذا لم يتعين للمضارب في واحد منهم ملك فقد على
رب المال فاذا أعتقهم بلفظة واحدة عتقوا ويضمن حصص المضارب فيهم سواء كان موسرا أو معسرا (أما) الضمان
فان المضارب وان لم يملك شيأ من العبيد فقد كان له حق ان يملك وقد أفسده عليه رب المال فيضمن وانما استوى
فيه اليسار والاعسار لانه اعتق الكل مباشرة وهذا اعتاقه في الكل فصار متلفا المال عليه بخلاف ضمان العتق لانه
يعتق نصيب المعتق ابتداء ثم يسرى الى نصيب الشريك على أصل أبي يوسف ومحمد لذلك اختلف فيه اليسار
والاعسار وكذلك لو اشترى المضارب عبدا من مال المضاربة قاضي انه ابنه انه ان لم يكن فيه فضل لم تجز دعوته وان

كان فيه فضل جازت دعوته وعتق لان هذه دعوة تحرير وانها مبنية على الملك فاذا لم يكن فيه فضل فازدادت قيمة رأس المال بعد ذلك فظهر فيه فضل جازت دعوته وعتق عليه وكان كعبد بين اثنين عتق على أحدهما نصيبه بغير فعله بان ورث نصيبه وانما كان كذلك لانه لما ادعى النسب ولا ملك له في الحال كانت دعوته موقوفة على الملك فاذا ازدادت قيمته فقدم ملك جزاً منه فنفذت دعوته فيه كمن ادعى النسب في ملك غيره ثم ملك انه تنفذت دعوته بخلاف ما اذا اعتقه ثم ازدادت قيمته انه لا ينفذ اعتاقه لان انشاء الاعتاق في ملك الغير لا يتوقف كمن أعتق ملك غيره ثم ملكه ولا ضمان على المضارب في ذلك لان العبد عتق من غير صنعه لانه عتق بزيادة القيمة والعبد المشترك اذا عتق على أحد الشريكين بغير فعله لا يضمن للشريك شيئاً ولو اشترى أمة قيمتها ألف ورأس المال ألف فولدت ولداً يساوي ألفاً فادعى الولد لا يكون ولده ولا تكون الام أم ولد له لانه ليس لاحد منهما فضل على رأس المال هكذا ذكر الكرخي وذكر القدوري رحمه الله ان هذا محمول على انها علق على ان يشتريها فاما اذا كان العلق بعد الشراء فحكم المسئلة يتغير لان المضارب يغرّم العقر مائة فاذا استوفى هارب المال منه جعل المستوفى من رأس المال فينتقص رأس المال وصار تسعاً مائة فيتعين للمضارب ملك فيهما جميعاً فنفذت دعوته ويثبت النسب واذا ثبت النسب ضمن المضارب من قيمة الام سبعاً مائة حتى يستوفى رب المال تمام رأس ماله ثم يغرّم خمسين درهماً وهو تمام ما بقي من الام فظهر ان الولد يرجح بينهما فيعتق نصف الولد من المضارب به ويسعى في النصف لرب المال قال عيسى بن أبان ان هذا الجواب هو الصحيح وذكر محمد في الاصل مسئلة أخرى طعن فيها عيسى وهو ما اذا اشترى جارية بألف درهم تساوي ألفاً فولدت ولداً يساوي ألفاً فادعى المضارب لم يثبت نسبه ويغرّم العقر فان زادت قيمة الولد حتى صارت ألفين يثبت النسب من المضارب لانه ملك بعضه لظهور الرجح في الولد بزيادة قيمته فيعتق ربعه عليه ولا ضمان عليه لانه عتق بزيادة القيمة ولا صنع له فيها ويسعى العبد في ثلاثة أرباع قيمته لرب المال والجارية على حالها لم تصر أم ولد للمضارب ما لم يستوف رب المال العقر والسعاية لان المضارب لا يظهر له الرجح في الجارية حتى يصل الى رب المال شيء من المال فلا يملك شيئاً منها ولا صحة للاستيلاء بدون الملك ولولم تزد قيمة الولد ولكن زادت قيمة الام فصارت ألفين فان الجارية أم ولد له لظهور الرجح فيها بزيادة قيمتها وعلى المضارب ثلاثة أرباع قيمتها لرب المال وان لم يكن له صنع فيها لان ضمانها ضمان تملك لهذا استوى فيه اليسار والاعسار فيستوى أن يكون بفعله أو من طريق الحكم ولا يثبت نسب الولد من المضارب لانه لم يملك من الولد شيئاً ما لم يأخذ رب المال شيئاً من رأس ماله ولو زادت قيمتهما جميعاً فصارت قيمة كل واحد منهما ألف درهم يثبت نسب الولد وتصير الجارية أم ولد له لانه ملك بعض كل واحد منهما لانه ظهر الفضل في كل واحد منهما بزيادة قيمته ويضمن المضارب لرب المال تمام قيمة الجارية التي درهم وعقر مائة درهم فظهر ان رب المال استوفى رأس ماله واستوفى من الرجح ألفاً ومائة وللمضارب أن يستوفى من رجح الولد مقدار ألف ومائة فعتق الولد منه بذلك المقدار وبقي من الولد مقدار تسع مائة رجح بينهما لان لكل واحد منهما أربع مائة وخمسون فما أصاب المضارب عتق وما أصاب رب المال سعى فيه الولد قال عيسى هذا الجواب خطأ والصحيح أن يقال يضمن المضارب من الام ثلاثة أرباع قيمتها ونصف العقر وبقي الولد يرجح بينهما يسعى في نصف قيمته لرب المال ويسقط عنه النصف بحصة المضارب قال القدوري رحمه الله هذا الذي ذكره عيسى هو جواب محمد في المسئلة التي قدمناها اذا لم تزد قيمة كل واحد منهما وعلى قياس ما قال محمد في المسئلة التي زيادة تجب أن يقول اذا لم تزد قيمتهما يبنى أن يغرّم المضارب القوام مائة ثم يستوفى المضارب من الولد مائة وبقي تسع مائة بينهما فنحن أصحابنا من قال القياس ما أجاب به في المسئلة التي لم تزد القيمة فيها ووجهه ان المضارب لا يغرّم بعد ما غرم تمام رأس ماله الا نصف ما بقي من الام لان نصف ما بقي من الام يرجح بينهما فلا يجوز أن يغرّم الكل والذي أجاب به في مسئلة التي زيادة هو الاستحسان لان في غرم تمام قيمة الجارية تكثير العتق والعتق والرق اذا اجتمعا غلبت الحرية

الرق ومن أصحابنا من قال إنما افتقرت المسئلةان لوصفهما لان سبب العتق في مسئلة الزيادة زيادة قيمة الولد وفي المسئلة الاخرى سبب العتق قبض رب المال العتق فلما شارك رب المال المضارب في سبب عتقه أن يجتمع ربحه في الجارية (وأما) في المسئلة الاخرى لما كان عتقه بسبب الزيادة صرف نصيب رب المال الى الجارية لان المضارب قد ملكها وقد قيل أيضا ان في تلك المسئلة انما قصد تكثير العتق وفي المسئلة الاخرى اذا لم تزد القيمة لا يتبين تكثير العتق لان الفضل فيما بينهما مقدار نصف العشر فلا يثبت بذلك المقدار تكثير العتق وقد قالوا في المضارب اذا اشترى جارية بألف فولدت ولدا يساوي ألفا فادعاه رب المال ثبت النسب وعتق الولد وصارت الجارية أم ولده وانتقضت المضاربة ولا ضمان عليه لان دعوة صادفت ملكه فثبت النسب واستندت الدعوة الى وقت العلوق ولا قيمة للولد في ذلك الوقت ولا فضل في المال فلا تنجب عليه القيمة ولا العقر لانه وطى ملك نفسه وليس له أن يزوج عبدا ولا أمة من مال المضاربة في قول أبي حنيفة ومحمد عليهما الرحمة وعند أبي يوسف رحمه الله يزوج الامة ولا يزوج العبد وقد ذكرنا المسئلة في موضع آخر وروى ابن رستم عن محمد انه ليس له أن يزوج أمة من المضاربة لانه لا يملك أن يشتري شيئا من مال المضاربة لنفسه فلا يملك أن يعقد على جارية المضاربة لنفسه فان تزوج باذن رب المال فهو جائز اذا لم يكن في المال ربح وقد خرجت من المضاربة أما الجواز فلا انه اذا لم يكن في المال ربح لم يكن للمضارب فيها ملك وانما له حق التصرف وانه لا يمنع النكاح كالعبد المأذون (وأما) خروج الامة عن المضاربة فلا ان العادة ان من تزوج أمة حصنها ومنعها من الخروج والبروز والمضاربة تقتضي العرض على البيع وإبرازها للمشتري وكان اتفاقهما على التزويج اخر اجاباها عن المضاربة ويحسب مقدار قيمتها من رأس المال لانه لما أخرجها من المضاربة صار كانه استرد ذلك القدر من رأس المال وقد قال الحسن بن زياد عن أبي حنيفة ان المضارب لا يملك أن يزوج أمة من المضاربة لعبد من المضاربة لان تصرف المضارب يختص بالتجارة والتزويج ليس من التجارة وذكر القدوري رحمه الله وقال ينبغي أن يكون هذا قولهم لان عند أبي يوسف ان كان يملك تزويج الامة لا يملك تزويج العبد ولو أخذ المضارب نخلا أو شجرا أو رطبة معاملة على أن ينفق من المال لم يحجز على رب المال وان كان قال له رب المال حين دفع اليه اعمل فيه برأيك لان الاخذ منه معاملة عقد على منافع نفسه ومنافع نفس المضارب لا تدخل تحت عقد المضاربة فصار كالموآجر نفسه للخدمة ولا يعتبر ما شرط من الاتفاق لان ذلك ليس بمعقود عليه بل هو تابع للعمل كالخيط في اجارة الخياط والصبغ في الصباغة وكذا لا يعتبر قوله اعمل برأيك لما ذكرنا ان ذلك يفيد تفويض الرأي اليه في المضاربة والمضاربة تصرف في المال وهذا عقد على منافع نفسه ومنافع نفس المضارب لا يجوز أن يستحق بدلهارب المال ولو أخذ أرضا مزراعة على أن يزرعها فخرج من ذلك كان نصفين فاشترى طعاما ببعض المزارعة فزرعه قال محمد هذا يجوز ان قال له اعمل برأيك وان لم يكن قال له اعمل برأيك لم يحجز لانه يوجب حقا لرب الارض في مال رب المال فيصير كانه شارك بمال المضاربة وانه لا يملك الاشارك باطلاق العقد ما لم يقل اعمل برأيك فاذا قال ملك كذا هذا وقال الحسن بن زياد ان الارض والبذر والبقرا اذا كان من قبل رب الارض والعمل على المضارب لم يكن ذلك على المضاربة بل يكون للمضارب خاصة لما ذكرنا انه عقد على منافع نفسه فكان له بدل منافع نفسه فلا يستحقه رب المال وكذلك اذا شرط البقر على المضارب لان العقد وقع على منفعة وانما البقر آلة العمل والا لتتبع ما لم يقع عليها العقد ولو دفع المضارب أيضا بغير بذر مزارعة جازت سواء قال اعمل برأيك أو لم يقل لانه لم يوجب شركة في مال رب المال انما آجر أرضه والاجارة داخلية تحت عقد المضاربة والله عز وجل أعلم (وأما) القسم الذي للمضارب أن يعمل اذا قيل له اعمل برأيك وان لم ينص عليه فالمضاربة والشركة والخلط فله أن يدفع مال المضاربة مضاربة الى غيره وان يشارك غيره في مال المضاربة شركة عنان وأن يخلط مال المضاربة بماله نفسه اذا قال له رب المال اعمل برأيك وليس له أن يعمل شيئا من ذلك اذا لم يقل له ذلك أما المضاربة فلا ان المضاربة مثل المضاربة

والشيء لا يستتبع مثله فلا يستفاد بمطلق عقد المضار به مثله وهذا لا يملك الوكيل التوكيل بمطلق العقد كذا هذا (وأما)
الشركة فهي أولى أن لا يملكها بمطلق العقد لأنها أعم من المضار به والشيء لا يستتبع مثله فافوقه أولى (وأما) الخلط
فلا نه يوجب في مال رب المال حتماً لغيره فلا يجوز إلا باذنه وإن لم يقل له ذلك فدفعت المضارب مال المضار به مضارباً به
إلى غيره فنقول لا يخلو من وجوه أمان كانت المضاربتان صحيحتين وأمان كانتا فاسدتين وأمان كانت احدهما
صحيحة والاخرى فاسدة فإن كانتا صحيحتين فإن المال لا يكون مضموناً على المضارب الأول بمجرد الدفع إلى الثاني
حتى لو هلك المال في يد الثاني قبل أن يعمل يهلك أمانة وهذا قول أصحابنا الثلاثة وقال زفر يصير مضموناً بنفس
الدفع عمل الثاني أو لم يعمل وإذا هلك قبل العمل يضمن وهو رواية عن أبي يوسف أيضاً (وجه) قول زفر أن رب المال
إذا لم يقل للمضارب اعمل برأيتك لم يملك دفع المال مضارباً به إلى غيره فإذا دفع صار بالدفع مخالفاً فصار ضامناً كالمودع إذا
أودع (ولنا) أن مجرد الدفع إيداع منه وهو يملك إيداع مال المضارب به فلا يضمن بالدفع وروى الحسن عن أبي
حنيفة رحمه الله أنه لا ضمان على الأول حتى يعمل به الثاني ويرجع فإذا عمل به ويرجع كان ضامناً حين يرجع وان عمل في
المال فلم يرجع حتى ضاع من يده فلا ضمان عليه وروى محمد عن أبي يوسف أنه لا ضمان عليه حتى يعمل الثاني فإذا
عمل ضمن ربح الثاني أو لم يرجع وهكذا روى ابن سميعة والفضل بن غانم عن أبي يوسف وهو قول محمد رحمه الله
وذكر القاضى في شرحه مختصر الطحاوى أن هذا ظاهر الرواية عن أبي حنيفة (وجه) قولهما أنه لا عمل فقد تصرف
في المال بغير إذن المالك فيتمتع به الضمان سواء ربح أو لم يرجع ولا يضمن إلا سبيل إلى التضمن بالدفع لأنه إيداع
وإيضاع ولا يعمل لأنه ما لم يرجع فهو في حكم المبيع والمبضع لا يضمن بالعمل ولا يجوز أن يضمن بالشرط لأنه مجرد
قول ومجرد القول في ملك الغير لا يتعلق به ضمان لكنه إذا ربح فقد ثبت له شركة في المال بآثار المضارب الأول
فصار الأول مخالفاً فيضمن كما لو خلط مال المضارب به بغيره أو شارك به وإذا وجب الضمان بالعمل والربح أو بنفس
العمل على اختلافهم في ذلك فرب المال بالخيار أن شاء ضمن الأول وإن شاء ضمن الثاني أما على أصل أبي يوسف
ومحمد في المودع إذا أودع فظاهر لوجود سبب وجوب الضمان من كل واحد منهما لأن الأول تعدى بالدفع والثاني
تعدى بالتبضع فصار عندهما كالمودع إذا أودع وأما على أصل أبي حنيفة في مسئلة الوديعة فيحتاج إلى الفرق لأن
الضمان عنده على المودع الأول لا على الثاني وفي مسئلة المضارب أثبت له خيار تضمين الثاني لأن المضارب الثاني
يعمل في المال لمنفعة نفسه وهي الربح فكان عاملاً لنفسه فجاز أن يضمن والمودع الثاني لم يقبض لمنفعة نفسه بل لمنفعة
الأول لحفظ الوديعة فلم يضمن فإن ضمن المضارب الأول لا يرجع بما ضمن على الثاني وصحت المضاربة بين الأول
والثاني والربح على ما شرط لأنه لما تقرر الضمان على الأول فقد ملك المضمون وصار كأنه دفع مال نفسه مضارباً به إلى
الثاني فكان الربح على ما شرط لأن الشرط قد صح وإن ضمن الثاني رجع بما ضمن على الأول وصار حاصل الضمان
على الأول لأن الأول غره بالعقد فصار مغروراً من جهته فكان له أن يرجع عليه بما ضمن كودع القاصب وهو ضمان
كفالة في الحقيقة لأن الأول التزم له سلامة المقبوض عن الضمان ولم يسلم له بخلاف الرهن وهو ما إذا غصب رجلاً
شيئاً فرهنه فهلك في يد المرتين فاختار المالك تضمين المرتين أنه يرجع على الراهن بما ضمن ولا يصح عقد الرهن
(وجه) الفرق أن قبض المهرين شرط صحة الرهن ولما ضمن المرتين تبين أن قبضه لم يصح فتبين أن الرهن لم يصح
إذ لم يحسنه بدون القبض فاما في المضاربة فيضمن الثاني إبطال القبض بعد وجوده لأن المضارب به عقد جائز
فكان لبقائه حكم الابتداء كأنه ابتداء العقد بعد أداء الضمان فكان التضمن إبطال القبض بعد وجوده وذلك لا يبطل
المضاربة ألا ترى أن المضارب لو باع المال من رب المال لا تبطل المضاربة وإن بطل قبضه ولو رد المرتين الرهن
على الراهن يبطل الرهن لذلك افترقا وذكر ابن سميعة عن محمد أنه يطيب الربح للأسفل ولا يطيب للأسفل على
قياس قول أبي حنيفة عليه الرحمة لأن استحقاق الأسفل بعمله ولا خطر في عمله فيطيب له الربح فاما على

فانما يستحق الربح رأس المال والملك في رأس المال انما حصل له بالضمان فلا يخلو عن نوع خبث فلا يطيب له وان كانتا فاسدت تين فلا ضمان على واحد منهما لان الاول أجبر في مال المضارب به والثاني أجبر الاول فصار كمن استأجر رجلا يعمل في ماله فاستأجر الاجير رجلا وان كانت احدهما صحيحة والاخرى فاسدة فان كانت الاولى صحيحة والاخرى فاسدة فكذلك لا ضمان على واحد منهما وان عمل المضارب الثاني في المال لان المضارب الثاني أجبر الاول والاخير لا يستحق شيئا من الربح فلم يثبت له شركة في رأس المال فلا يجب الضمان على الاول ولا على الثاني لانه لا ضمان على الاجير وله أجر مثل عمله على المضارب الاول وللمضارب الاول ما شرط له من الربح لو وقع المضاربة صحيحة وان كانت الاولى فاسدة والثاني صحيحة فكذلك لان الاول أجبر في مال المضاربة فلاحق له في الربح فلم ينفذ شرطه فيه فلا يلزمه الضمان اذا الضمان انما يجب باثبات الشركة ويكون الربح كله لرب المال لانه ربح حصل في مضاربة فاسدة وللمضارب الاول أجر مثله لان عمل الثاني وقع له فكأنه عمل بنفسه وللثاني على الاول مثل ما شرط له من الربح لانه عمل مضاربة صحيحة وقد سمي له أشياء فهو مستحق للغير فيضمن هذا اذا لم يقل لرب المال اعمل برأيك فاما اذا قال له اعمل برأيك فله أن يدفع مال المضارب به مضاربة الى غيره لانه فوض الرأي اليه وقد رأى أن يدفعه مضاربة فكان له ذلك ثم اذا عمل الثاني وربح كيف يقسم الربح فنقول جملة الكلام فيه ان رب المال لا يخلو اما ان كان أطلق الربح في عقد المضاربة ولم يضيفه الى المضارب بان قال على ان مارزق الله تعالى من الربح فهو بيننا نصفان أو قال ما أطعم الله تعالى من ربح فهو بيننا نصفان واما ان أضافه الى المضارب بان قال على ان مارزق الله تعالى من الربح أو ما أطعمك الله عز وجل من ربح أو على ان ماربحت من شيء أو ما أصبت من ربح فان أطلق الربح ولم يضيفه الى المضارب ثم دفع المضارب الاول المال الى غيره مضاربة بالثلث فرجح الثاني فثلث جميع الربح الثاني لان شرط الاول للثاني قد صرح لانه يملك نصف الربح فكان ثلث جميع الربح بعض ما يستحقه الاول فجاز شرطه للثاني فكان ثلث جميع الربح للثاني ونصفه لرب المال لان الاول لا يملك من نصيب رب المال شيئا فانصرف شرطه الى نصيبه لا الى نصيب رب المال فبقى نصيب رب المال على حاله وهو النصف وسدس الربح للمضارب الاول لانه لم يجعله للثاني فبقى له بالعقد الاول ويطيب له ذلك لان عمل المضارب الثاني وقع له فكأنه عمل بنفسه كمن استأجر انسانا على خياطة ثوب بدرهم فاستأجر الاجير من خاطه بنصف درهم طاب له الفضل لان عمل اجيره وقع له فكأنه عمل بنفسه كذا هذا ولو دفع الى الثاني مضاربة بالنصف فنصف الربح للثاني ونصفه لرب المال ولا شيء للمضارب الاول لانه جعل جميع ما يستحقه وهو نصف الربح للثاني وصح جعله لانه مالك للنصف والنصف لرب المال بالعقد الاول وصار كمن استأجر رجلا على خياطة ثوب بدرهم فاستأجر الاجير من خاطه بدرهم ولو دفعه اليه مضاربة بالثلثين فنصف الربح لرب المال ونصفه للمضارب الثاني ويرجع الثاني على الاول بمثل سدس الربح الذي شرط له لان شرط الزيادة ان ينفذ في حق رب المال ما لم يرض لنفسه بأقل من نصف الربح فقد صرح فيما بين الاول والثاني لان الاول غير الثاني بتسمية الزيادة والقرور في العقود من أسباب وجوب الضمان وهو في الحقيقة ضمان الكفالة وهو ان الاول صار ملتزما سلامة هذا القدر للثاني ولم يسلم له فيعزم للثاني مثل سدس الربح ولا يصير بذلك محالاً لان شرطه لم ينفذ في حق رب المال فالتحق بالعدم في حقه فلا يضمن ومما كمن استأجر رجلا خياطة ثوب بدرهم فاستأجر الاجير من يخطه بدرهم ونصف انه يضمن زيادة الاجرة كذا هذا ولو أضافه الى المضارب فدفعه الاول مضاربة الى غيره بالثلث أو بالنصف أو بالثلثين فجميع ما شرط للثاني من الربح يسلم له وما شرط للمضارب الاول من الربح يكون بينه وبين رب المال نصفين بخلاف الفصل الاول (ووجه) الفرق ان هنا شرط رب المال لنفسه نصف ما رزق الله تعالى للمضارب أو نصف ما ربح المضارب فاذا دفع الى الثاني مضاربة بالثلث كان الذي رزق الله عز وجل للمضارب الاول الثلثين فكان الثلث للثاني والثلثان بين رب المال وبين المضارب الاول نصفين لكل واحد منهما الثلث

واذا دفع مضارباً بالنصف كان مازقه الله تعالى للمضارب الاول النصف فكان النصف للثاني والنصف بينهما نصفين واذا دفعه مضارباً بالثلثين كان الذي رزقه الله تعالى الثلث والثلثان للثاني والثلث بينهما لكل واحد منهما السدس وفي الفصل الاول رب المال انما شرط لنفسه نصف جميع مازق الله تعالى ونصف جميع الربح وذلك ينصرف الى كل الربح وكذلك ان يخلط مال المضارب بماله نفسه لانه فوض الرأي اليه وقد رأى الخلط واذا ربح قسم الربح على المالكين فربح ماله يكون له خاصة وربح مال المضارب يكون بينهما على الشرط وكذلك ان يشارك غيره شركة عنان لما قلنا ويقسم الربح بينهما على الشرط لان الشرط قد صح واذا قسم الربح بينهما يكون مال المضارب مع حصة المضارب من الربح فيستوفي منها رب المال رأس ماله وما فضل يكون بينهما على الشرط (وأما) القسم الذي ليس للمضارب أن يعمل له أصلاً ورأساً فشرائه لا يملك بالقبض وما لا يجوز بيعه فيه اذا قبضه (أما) الاول فنحو شراء الميتة والدم والخمر والخنزير وأم الولد والمكاتب والمذبولان المضارب به تتضمن الاذن بالتصرف الذي يحصل به الربح والربح لا يحصل الا بالشراء والبيع فلا يملك بالشراء لا يحصل فيه الربح وما يملك بالشراء لا يقدر على بيعه لا يحصل فيه الربح أيضاً فلا يدخل تحت الاذن فان اشترى شيئاً من ذلك كان مشترى بالنفس لا للمضارب به فان دفع فيه شيئاً من مال المضارب به يضمن وان اشترى ثوباً أو عبداً أو عرضاً من العروض بشئ مما ذكرنا سوى الميتة والدم فالشراء على المضارب به لان المبيع هنا مملوك بالقبض ويجوز بيعه فكان هذا شراء فاسداً والاذن بالشراء المستفاد بعقد المضاربة يتناول الصحيح والفاسد (وأما) اذا كان الثمن ميتة أو دماً فاشترى به لا يكون على المضارب به لان الميتة والدم لا يملك بالقبض أصلاً (وأما) الثاني فنحو أن يشتري داراً محرم من رب المال فلا يكون المشتري للمضاربة بل يكون مشترى بالنفس لانه لو وقع شراؤه للمضارب لعتق على رب المال فلا يقدر على بيعه بعد ذلك ولا يحصل المقصود من الاذن فلا يدخل تحت الاذن ولو اشترى داراً محرم من نفسه فان لم يكن في المال ربح فالشراء على المضارب به لانه لا ملك له فيه فيقدر على بيعه فيحصل المقصود وان كان في المال ربح لم يكن الشراء على المضارب به لانه اذا كان في المضارب به ربح يملك قدر نصيبه من الربح فيعتق ذلك القدر عليه فلا يقدر على بيعه ولا على بيع الباقي لانه معتق البعض وما لا يقدر على بيعه لا يكون للمضارب به لما قلنا (وأما) المضارب به المقيدة فكما حكم المضارب به المطلقة في جميع ما وصفنا لا تفارقها الا في قدر القيد والاصل فيه ان القيد ان كان مفيداً ثبت لان الاصل في الشرط اعتباره اما أمكن واذا كان القيد مفيداً كان يمكن الاعتبار فيعتبر بقول النبي عليه أفضل الصلاة والسلام المسامون عند شروطهم فيتقيد بالذكور ويبقى مطلقاً فيما وراءه على الاصل المهود في المطلق اذا قيد ببعض المذكور انه يبقى مطلقاً فيما وراءه كالعالم اذا خص منه بعضه انه يبقى عاماً فيما وراءه وان لم يكن مفيداً لا يثبت بل يبقى مطلقاً لان ما لا فائدة فيه يلغو ويلحق بالعدم اذا عرفنا هذا فتقول اذا دفع رجل الى رجل مالاً مضارباً به على أن يعمل به في الكوفة فليس له أن يعمل في غير الكوفة لان قوله على ان من ألقاها الشرط وانه شرط مفيد لان الاماكن تختلف بالارخص والغلاء وكذلك السفر خطر فيعتبر وحقيقة الفقه في ذلك ان الاذن كان عدماً وانما يحدث بالعقد فيبقى فيما وراءه متناوله العقد على أصل العدم وكذلك لا يعطيهما بضاعة لمن يخرج بهما من الكوفة لانه اذا لم يملك الاخراج بنفسه فلا أن لا يملك الا امر بذلك أولى وان أخرجهما من الكوفة فان اشترى بها وباع ضمن لانه تصرف لا على الوجه المأذون فصار فيه مخالفاً فيضمن وكان المشتري لنفسه له ربحه وعليه وضيعته لكن لا يطيب له الربح عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف يطيب وان لم يشتربها شيئاً حتى ردها الى الكوفة برى من الضمان ورجع المال مضارباً به على حاله لانه عاد الى الوفاق قبل تقرر الخلاف فيبرأ عن الضمان كالمودع اذا خالف ثم عاد الى الوفاق ولو لم يردده حتى هلك قبل التصرف لا ضمان عليه لانه لم يتصرف لم يتقرر الخلاف فلا يضمن ولو اشترى ببعضه ورد بعضه فاشتراه فهو له وما رجع على المضارب به لانه تقرر الخلاف في القدر المشتري وزال عن القدر المردود ولو دفع اليه على أن يعمل في سوق الكوفة فعمل في غير

سوقها فهو جائز على المضارب باستحسانا والقياس ان لا يجوز (وجه) القياس انه شرط عليه العمل في مكان معين فلا يجوز في غيره كالموشرط ذلك في بلد معين (وجه) الاستحسان ان التقييد بسوق الكوفة غير مفيد لان البلد الواحد بمنزلة بقعة واحدة فلا فائدة في التعليق بهذا الشرط فيلغو الشرط ولو قال له اعمل به في سوق الكوفة أولا تعمل به الا في سوق الكوفة فعمل في غير سوق الكوفة بضمن لان قوله لا تعمل الا في سوق الكوفة سحر فلا يجوز تصرفه بعد الحجر وفي الفصل الاول ما سحر عليه بل شرط عليه ان يكون عمله في السوق والشرط غير مفيد فلما ولو قال له خذ هذا المال تعمل به في الكوفة لم يجز له العمل في غيرها لان في كلمة ظرف قد جعل الكوفة ظرفا للتصرف الذي اذن له فيه فلو جاز في غيرها لم تكن الكوفة ظرفا لتصرفه وكذلك اذا قال له اعمل به في الكوفة لما قلنا ولان القاء من حر وف التعليق فتوجب تعلق ما قبلها بما بعدها وانما يتعلق اذا لم يجز التصرف في غيرها وكذلك اذا قال خذ هذا المال بالتصرف بالكوفة لان الباء حرف الصاق فتقتضي التصاق الصلة بالموصوف وهذا يمنع جواز التصرف في غيرها ولو قال خذ هذا المال مضارب اعمل به في الكوفة فله ان يعمل به بالكوفة وحيث ما بدا له لان قوله خذ هذا المال مضارب اذن له في التصرف مطلقا وقوله واعملم به في الكوفة اذن له بالعمل في الكوفة فكان له ان يعمل في أي موضع شاء كمن قال لغيره اعتق عبدا من عبيدي ثم قال له اعتق عبيدي سالما ان له ان يعتق أي عبدا شاء ولا يتقيد بالتوكيل باعتاق سالم كذا هذا اذا المضارب به توكيل بالشراء والبيع ولو قال خذ هذا المال مضارب به الى سنة جازت المضارب به عندنا وقال الشافعي رحمه الله المضارب به فاسدة (وجه) قوله انه اذا وقت للمضارب به وقتا فيحتمل انه لا يجوز كونها في الوقت فلا يفيد العقد فائدة (ولنا) ان المضارب به توكيل والتوكيل يحتمل التخصيص بوقت دون وقت وذكر الطحاوي وقال لم يجز عند أصحابنا توقيت المضارب به بقياس قوهم في الوكالة انها لا تختص بالوقت لانهم قالوا لو وكل رجلا ببيع عبده اليوم فباعه غدا جاز كالوكالة المطلقة وما قاله ليس بسديد لانهم قالوا في الوكيل اذا قيل له بعه اليوم ولا تبعه غدا ذلك ولم يكن له ان يبيعه غدا وكذا اذا قيل له على ان تبعه اليوم دون غدا ولو قال خذ هذا المال مضارب به بالنصف على ان تشتري به الطعام او قال فاشتر به الطعام او قال تشتري به الطعام او قال خذ هذا المال مضارب به بالنصف في الطعام فذلك كله سواء وليس له ان يشتري سوى الطعام بالاجماع لما ذكرنا على ان الشرط والاصل في الشرط المذكور في الكلام اعتباره والقاء لتعليق ما قبلها بما بعدها وقوله يشتري به الطعام تفسير التصرف المأذون به وقوله في الطعام ففي كلمة ظرف فاذا دخلت على مالا يصلح ظرفا لتصريح بمعنى الشرط وكل ذلك يقتضي التقييد بالشرط المذكور وانه شرط مفيد لان بعض أنواع التجارة يكون اقرب الى المقصود من بعض وكذا الناس مختلفون في ذلك فقد يهتدى الانسان الى بعض التجارة دون بعض فكان الشرط مفيداً فليتقيد به ولا يملك أن يشتري غير الطعام والطعام هو الحنطة ودقيقها اذا لا يراد به كل ما يتعم بل البعض دون البعض والامر مختلف باختلاف عادة البلدان فاسم الطعام في عرفهم لا ينطلق الا على الحنطة ودقيقها وكذلك لو ذكر جنسا آخر بان قال له خذ هذا المال مضارب به بالنصف على ان تشتري به الدقيق أو الخبز أو البر أو غير ذلك ليس له ان يعمل من غير ذلك الجنس بلا خلاف لكن له ان يشتري ذلك الجنس في المصر وغيره وان بضع فيه وان يعمل فيه جميع ما يعمل به المضارب في المضاربة المطلقة لما ذكرنا ان اللفظ المطلق اذا قيد ببعض الاشياء يبقى على اطلاقه فيما وراءه وقال ابن سباعة سمعت محمد اقال في رجل دفع الى رجل مالا مضارب به فقال له ان اشتريت به الحنطة فلك من الربح النصف والى النصف وان اشتريت به الدقيق فلك الثلث والى الثلثان فقال هذا جائز وله ان يشتري أي ذلك شاء على ما سمي له رب المال لانه خيره بين عمليين مختلفين فيجوز كالموشرط الخياط بين الخياطة الرومية والفارسية ولو دفع اليه على انه ان عمل في المصر فله ثلث الربح وان سافر فله النصف جاز والربح بينهما على ما شرط ان عمل في المصر فله الثلث وان سافر فله النصف ولو اشترى في المصر وباع في السفر أو اشترى في السفر وباع في المصر فقد روى عن محمد انه قال المضارب به في هذا على الشراء فان اشترى في المصر فربح في ذلك المتاع فهو على ما شرط في المصر سواء

باعه في المصر أو في غيره لأن المضارب إنما يستحق الربح بالعمل والعمل يحصل بالشراء فإذا اشترى في المصر تعين أحد العاملين فلا يتغير بالسفر وإن عمل ببعض المال في السفر وبالبعض في الحضر فربح كل واحد من المالكين على ما شرط ولو قال له على أن تشتري من فلان وتبيع منه جاز عندنا وهو على فلان خاصة ليس له أن يشتري ويبيع من غيره وقال الشافعي رحمه الله المضاربة فاسدة لأن في تعيين الشخص تضيق طريق الوصول إلى المقصود من التصرف وهو الربح وتغير مقتضى العقد لأن مقتضى العقد التصرف مع من شاء (ولنا) أن هذا شرط مفيد لاختلاف الناس في الثقة والأمانة لأن الشراء من بعض الناس قد يكون أربح لكونه أسهل في البيع وقد يكون أوثق على المالك فكان التقييد مفيداً كالتيقيد بنوع دون نوع وقوله التعيين يغير مقتضى العقد قلنا ليس كذلك بل هو مباشرة العقد مفيداً من الابتداء وأنه قيد مفيد فوجب اعتباره ولو قال على أن تشتري بها من أهل الكوفة وتبيع فاشترى وباع من رجال بالكوفة من غير أهلها فهو جائز لأن هذا الشرط لا يفيد إلا ترك السفر كأنه قال على أن تشتري بمن بالكوفة وكذلك إذا دفع إليه مالا مضارباً في الصرف على أن يشتري من الصيارفة ويبيع كان له أن يشتري من غير الصيارفة ما بدا له من الصرف لأن التقييد بالصيارفة لا يفيد إلا تخصيص البلد أو النوع فإذا حصل ذلك من صير في أو غيره فهو سواء ولو دفع إليه مالا مضارباً به ثم قال له بعد ذلك اشتري به البر وبع فله أن يشتري البر وغيره لأنه أذن بالشراء مطلقاً ثم أمره بشراء البر فكان له أن يشتري ما شاء وهذا كقوله خذ هذا المال مضارباً وعمل به بالكوفة إلا أن هناك القيد مقارن وهما متران وقد ذكرناه وذكر القدر يري رحمه الله أن هذا محمول على أنه نهاه بعد الشراء والحكم في التقييد الطاريء على مطلق العقد أنه إن كان ذلك قبل الشراء يعمل وإن كان بعد ما اشترى به لا يعمل إلى أن يبيعه بمال عين فيعمل التقييد عند ذلك حتى لا يجوز أن يشتري إلا ما قال ولودفع إليه مالا مضارباً به على أن يبيع ويشتري بالنقد فليس له أن يشتري ويبيع إلا بالنقد لأن هذا التقييد مفيد في تقييد المذكور ولو قال له بعب بنسيئة ولا تبع بالنقد فباع بالنقد جاز لأن النقد يقع من النسيئة فلم يكن التقييد بها مفيداً فلا يثبت القيد وصار كالوفاق للوكيل بعب بنسيئة فباع بأكثر منها جاز كذلك (واما) الذي يرجع إلى عمل رب المال بماله أن يعمل وما ليس له أن يعمل فقد قال أصحابنا إذا باع رب المال مال المضارب به بمثل قيمته أو أكثر جاز بعبه وإذا باع بأقل من قيمته لم يجز إلا أن يحجزه المضارب سواء باع بأقل من قيمته مما لا يتغابن الناس فيه أو مما يتغابن الناس فيه لأن جواز بيع رب المال من طريق الاعانة للمضارب وليس من الاعانة إدخال النقص عليه بل هو استهلاك فلا يتحمل قل أو أكثر وعلى هذا لو كان المضارب اثنين فباع أحدهما باذن رب المال لم يجز أن يبيعه إلا بمثل القيمة أو أكثر إلا أن يحجزه المضارب الآخر لأن أحد المضاربين لا ينفرد بالتصرف بنفس العقد بل باذن رب المال وهو لا يملك التصرف بنفسه إذا كان فيه غبن فلا يملك الأمر به وإذا اشترى المضارب بمال المضارب به متاعاً وفيه فضل أو لا فضل فيه فأردب المال يبيع ذلك فأبى المضارب وأراد أمساكه حتى يجدر بحاقان المضارب يجبر على بيعه إلا أن يشاء أن يدفعه إلى رب المال لأن منع المالك عن تنفيذ إرادته في ملكه لحق بمحتل الثبوت والعدم وهو الربح لا سبيل إليه ولكن يقال له إن أردت الأمساك فرد عليه ماله وإن كان فيه ربح يقال له ادفع إليه رأس المال وحصلته من الربح ويسلم المتاع إليك ولو أخذ رجل مالا ليعمل لأجل ابنه مضارباً فإن كان الابن صغيراً لا يعقل البيع فالمضارب به للاب ولا شيء للابن من الربح لأن الربح في باب المضاربة يستحق بالمال أو بالعمل وليس للابن واحد منهما فإن كان الابن يقدّر على العمل فالمضارب به للابن والربح له أن يعمل فإن عمل الابن فهو متطوع وإن عمل بغير أمره صار بمنزلة الغاصب لأنه ليس له أن يعمل فيه بغير إذنه فصار كالاجنبي وقد قالوا في المضارب إذا اشترى جارية فليس لرب المال أن يطأها سواء كان فيه ربح أو لم يكن أما إذا كان فيه ربح فلا شك فيه لأن للمضارب فيه ملكاً ولا يجوز وطء الجارية المشتركة وإن لم يكن فيها ربح فالمضارب فيها حق يشبه المالك بدليل أن رب المال لا يملك منعه من التصرف ولومات كان للمضارب أن يبيعها

فصارت كالجارة المشتركة ويجوز شراء رب المال من المضارب وشراء المضارب من رب المال وان لم يكن في المضاربة ربح في قول أصحابنا الثلاثة وقال زفر رحمه الله لا يجوز الشراء بينهما في مال المضاربة (وجه) قول زفر ان هذا بيع ماله بماله وشراء ماله بماله اذ المالان جميعاً لرب المال وهذا لا يجوز كالوكيل مع الموكل (ولنا) أن لرب المال في مال المضاربة ملك رقبة لا ملك تصرف وملكه في حق التصرف كملك الاجنبي والمضارب فيه ملك التصرف لا الرقبة فكان في حق ملك الرقبة كملك الاجنبي حتى لا يملك رب المال منعه عن التصرف فكان مال المضاربة في حق كل واحد منهما كمال الاجنبي لذلك جاز الشراء بينهما ولو اشترى المضارب داراً ورب المال شفعها بدار أخرى بجنها فله أن يأخذ بالشفعة لان المشتري وان كان له في الحقيقة لكنه في الحكم كأنه ليس له بدليل انه لا يملك انتزاعه من يد المضارب ولهذا جاز شراؤه من المضارب ولو باع المضارب داراً من المضاربة ورب المال شفعها فلا شفعة له سواء كان في الدار المبيعة ربح وقت البيع أو لم يكن اما اذا لم يكن فيها ربح فلان المضارب وكيله بالبيع والوكيل يبيع الدار اذا باع لا يكون للموكل الاخذ بالشفعة وان كان فيها ربح فاما حصة رب المال فكذلك هو وكيل بيعها وأما حصة المضارب فلان الوكيل أو جنيهاً فيها الشفعة لتفرقت الصفقة على المشتري ولان الربح تابع لرأس المال فاذا لم تجب الشفعة في المتبوع لا تجب في التابع ولو باع رب المال دار لنفسه والمضارب شفعها بدار أخرى من المضاربة فان كان في يده من مال المضاربة وفاء بمن الدار لم تجب الشفعة لانه لو أخذ بالشفعة لوقع لرب المال والشفعة لا تجب لبائع الدار وان لم يكن في يده وفاء فان لم يكن في الدار ربح فلا شفعة لانه أخذها لرب المال وان كان فيه ربح فلم يضارب أن يأخذها لنفسه بالشفعة لان له نصيباً في ذلك فجاز أن يأخذها لنفسه ولو ان أجنبياً اشترى داراً الى جانب دار المضاربة فان كان في يد المضارب وفاء بالثمن فله أن يأخذها بالشفعة للمضاربة وان سلم الشفعة بطلت وليس لرب المال أن يأخذها لنفسه لان الشفعة وجبت للمضارب به وملك التصرف في المضاربة للمضارب فاذا سلم جاز تسليمه على نفسه وعلى رب المال وان لم يكن في يده وفاء فان كان في الدار ربح فالشفعة للمضارب ولرب المال جميعاً فان سلم أحدهما فللاخر أن يأخذها جميعاً لنفسه بالشفعة كدار بين اثنين وجبت الشفعة لهما وان لم يكن في الدار ربح فالشفعة لرب المال خاصة لانه لا نصيب للمضارب فيه قال أبو يوسف اذا استأجر الرجل أجراً كل شهر بعشرة دراهم ليشترى له ويبيع ثم دفع المستأجر الى الاجير دراهم مضاربة فالمضاربة فاسدة والربح كله للدافع ولا شيء للاجير سوى الاجرة وقال محمد المضاربة جائزة ولا شيء للاجير في الوقت الذي يكون مشغولاً بعمل المضاربة (وجه) قول محمد انه لما دفع اليه المضاربة فقد اتفق على ترك الاجارة وتقضيها فادام يعمل بالمضاربة فلا أجر له ولان الاجارة شركة لهذا لا قبل التوقيت ولو شاركه بعد ما استأجره جازت الشركة فكذلك المضاربة ولا يبي يوسف انه لما استأجره فقد ملك عمله فاذا دفع اليه مضاربة فقد شرط للمضارب ربحاً بعمله قدم ملكه رب المال وهذا لا يجوز ولان المضارب يعمل لنفسه فلا يجوز أن يستوجب الربح والاجر ولا يجوز أن ينتقض الاجارة بالمضاربة لان الاجارة أقوى من المضاربة لانها لازمة والمضاربة ليست بلازمة والشيء لا ينتقض بما هو أضعف منه وما ذكر محمد أن المضاربة شركة فالجواب ان الشريك يستحق الربح بالمال والمضارب بالعمل ورب المال قدم ملك العمل فلا يجوز أن يستحق المضارب الربح ولان الشريك يعمل لنفسه فكانه امتنع من عمل الاجارة فيستقط عنه الاجارة بحصته والمضارب يعمل لرب المال فبقى عمله على الاجارة ولو اشترى المضارب بمال المضاربة وهو ألف عبداً قيمته ألف فقتل عمداً فرب المال القصاص لان العبد ملكه على الخصوص لاحق للمضارب فيه وان كانت قيمته ألفين لم يكن فيه قصاص وان اجتمع لانا ملك كل واحد منهما لم يتعين أمارب لمال فلان رأس المال ليس هو العبد وانما هو الدرام ولو أراد أن يعين رأس ماله في العبد كان للمضارب أن يمنع عن ذلك حتى يبيع ويدفع اليه من الثمن واذا لم يتعين ملك رب المال لم يتعين ملك المضارب قبل استيفاء رأس المال واذا لم يتعين ملكهما في العبد لم يجز القصاص لواحد منهما وان اجتمعا وتؤخذ قيمة العبد

من القاتل في ماله في ثلاث سنين لان القصاص سقط في القتل العمد لما منع مع وجود السبب فتجب الدية في ماله ويكون المأخوذ على المضارب يشتري به المضارب ويبيع لانه بدل مال المضارب فيكون على المضارب كالتن و ذكر محمد في النوادر اذا كان في يد المضارب عبدان قيمة كل واحد منهما ألف فقتل رجل أحد العبدین عمدالم يكن لرب المال عليه قصاص لان ملك رب المال لم يتعين في العبد المقتول على ما بينا وعلى القاتل قيمته في ماله ويكون في المضارب لاقولنا والاصل ان في كل موضع وجب بالقتل القصاص خرج العبد عن المضارب في كل موضع وجب بالقتل مال فالمال على المضارب لان القصاص اذا استوفى فقد هلك مال المضارب به وهلاك مال المضارب به يوجب بطلان المضارب به والقيمة بدل مال المضارب به فكانت على المضارب كالتن وقال محمد واذا اشترى المضارب ببعض مال المضاربة عبدا يساوى الفا فقتله رجل عمد فلا قصاص فيه لارب المال ولا للمضارب ولا لهما اذا اجتمعا مارب المال فلانه لو استوفى القصاص لا يصير مستوفيا لرأس المال بالقصاص لان القصاص ليس بمال ولهذا الوعاء المريض عن القصاص كان من جميع المال واذا لم يصير به مستوفيا رأس ماله يستوفى رأس المال من بقية المال واذا استوفى تبين أن العبد كان ربحا فتبين أنه اقر بباستيفاء القصاص عن عبد مشترك (وأما) المضارب فلانه لم يتعين له فيه ملك ولا يجوز لهما الاجتماع على الاستيفاء لهذا المعنى وهو أن حق كل واحد منهما غير متعين واختلف أصحابنا في القتل العمد اذا ادعى على عبد المضارب به انه هل يشترط حضور المولى لسماع البينة قال أبو حنيفة ومحمد عليهما الرحمة يشترط وقال أبو يوسف رحمه الله لا يشترط (وجه) قوله ان العبد في باب القصاص مبقى على أصل الحرية بدليل أنه لو اقر به يجوز اقراره وان كذبه المولى فلا يقف سماع البينة عليه على حضور المولى كالحر (ولهما) ان هذه البينة تتعلق بها استحقاق رقة العبد فلا تسمع مع غيبة المولى كالبينة القائمة على استحقاق الملك والبينة القائمة على جناية الخطأ وقد قالوا جميعا لو اقر العبد بقتل عمد افكذبه المولى والمضارب لزمه القصاص لان الاقرار بالقصاص مما لا يملكه المولى من عبده وهو مما يملك فيملكه العبد كالطلاق فان كان الدم بين شركيين وقد اقر به العبد فعفا أحدهما فلا شيء للآخر لان موجب الجناية اقلب مالا واقرار العبد غير مقبول في حق المال فصار كانه اقر بجناية الخطأ فان كان رب المال صدقه في اقراره وكذبه المضارب قيل لرب المال ادفع نصف نصيبك أو افده وان كان المضارب صدقه وكذبه رب المال قيل للمضارب ادفع نصيبك أو افده وصار كاحد الشركيين اذا اقر في العبد بجناية وكذبه الاخر (وأما) وجوب القصاص على عبد المضارب به وان لم يجب بقتله القصاص لان عدم الوجوب بقتله لكون مستحق الدم غير متعين فاذا كان هو القاتل فالمستحق للقصاص هو المولى القاتل وانه متعين ويجوز المراجعة بين رب المال والمضارب وهو أن يشتري رب المال من مضارب به فيبيعه مراجعة أو يشتري المضارب من رب المال فيبيعه مراجعة لكن يبيعه على أقل الثمنين الا اذا بين الامر على وجهه فيبيعه كيف شاء وانما كان كذلك لان جواز شراء رب المال من المضارب والمضارب من رب المال ثبت معدولا به عن القياس لما ذكرنا ان رب المال اشترى مال نفسه بمال نفسه والمضارب يبيع مال رب المال من رب المال إذا مالان ماله والقياس يأبى ذلك الا اننا استحسننا الجواز لتعلق حق المضارب بالمال وهو ملك التصرف فجعل ذلك بيعا في حقهما لا في حق غيرهما بل جعل في حق غيرهما ملحقا بالعدم ولان المراجعة بيع يحرم به البائع من غير بينة واستخلاف فتجب صيانته عن الجناية وعن شبه الجناية ما أمكن وقد تمكنت التهمة في البيع بينهما لجواز ان رب المال باعه من المضارب بأكثر من قيمته ورضى به المضارب لان الجود بمال الغير أمر سهل فكان تهمة الجناية ثابتة والتهمة في هذا الباب ملحقة بالحقيقة فلا يبيع مراجعة الا على أقل الثمنين بيان ذلك في مسائل اذا دفع الى رجل ألف درهم مضارب به فاشترى رب المال عبدا بمائة فباعه من المضارب بألف فان المضارب يبيعه مراجعة على خمسة اقل الثمنين الا اذا بين الامر على وجهه فيبيعه كيف شاء لان المانع هو التهمة وقد زالت ولو اشترى المضارب عبدا بألف من المضارب فباعه من رب المال بألف ومائتين باعه رب المال مراجعة بألف ومائة ان كانت

المضاربة بالنصف لان الربح ينقسم بين رب المال والمضارب ولا شبهة في حصة المضارب لانه لا حق فيه لرب المال فصار كان رب المال اشترى ذلك من اجنبي وتمكنت الشبهة في حصة رب المال لانه ماله بعينه فكانه اشترى من نفسه فتسقط حصته من الربح الا اذا بين الامر على وجهه فيبيعه كيف شاء ولو اشترى رب المال سلعة بألف درهم تساوى الفا وخمسمائة فباعها من المضارب بألف وخمسمائة فان المضارب يبيعها مائة بلف ومائتين وخمسين الا اذا بين الامر على وجهه لما ذكرنا قال ابن سبابة في نوادره عن محمد سمعت ابا يوسف يقول في مسألة المضاربة وهو آخر ما قال اذا اشترى رب المال عبدا بألف فباعه من المضارب بمائة ورأس المال الف في يد المضارب فان المضارب يبيعه على مائة وكذا لو اشترى المضارب بألف فباعه من رب المال بمائة باعه رب المال بمائة يبيعه أبدا على أقل الثنتين لانه لا تهمة في الاقل وانما التهمة في الزيادة فيثبت ماله التهمة فيه ويسقط ما فيه تهمة ولو اشتراه رب المال بخمسمائة فباعه من المضارب بألف ومائة فانه يبيعه مائة بلف وخمسين لان المائة الزيادة على الالف ربح فنصفها للمضارب وما اشتراه المضارب من رب المال لنفسه لانه تهمة فيه فيضم حصته من الربح الى القدر الذي اشترى رب المال به ويسقط خمسمائة لانها نصيب رب المال ويسقط خمسون لانها حق رب المال من الربح فيبيعه مائة بلف وخمسين ولو اشتراه المضارب بمائة باعه مائة بلف وخمسمائة لانه لا فضل في ثمنه عن رأس المال فيسقط كل الربح ويباع على أقل الثنتين والاصل أن المضارب لا يحتسب شيئا من حصة نفسه حتى يكون ما تقدأكثر من الف فيجب من حصته نصف ما زاد على الالف لانه اذا لم يزد على الف بأن اشترى بمثل رأس المال أو بأقل منه وله في المال ربح لم يتعين له في المشتري حتى لكونه مشغولا برأس المال فلا يظهر له الربح كانه اشترى ولا ربح في يده وعلى هذا القياس تجرى المسائل فتى كان شراء المضارب بأقل الثنتين فان كان للمضارب حصة ضما الى أقل الثنتين واذا اشترى رب المال من المضارب يبيعه على أقل الثنتين ويضم اليه حصة المضارب ولو كان رب المال اشتراه بخمسمائة ثم باعه من المضارب بألفين فان المضارب يبيعه بألف وخمسمائة رأس المال وخمسمائة حصة المضارب من الالفين لان نصيب رب المال من الثمن الف وخمسمائة فتسقط الزيادة فيها على رأس المال وهو الف ويبقى من نصيب رب المال خمسمائة ونصيب المضارب خمسمائة ورب المال فيها كالا جنبي فيبيعه مائة بلف وخمسمائة ولو كان المضارب اشتراه بألف ثم باعه من رب المال بألفين باعه رب المال بألف وخمسمائة لان الالف رأس مال رب المال وخمسمائة نصيب المضارب ورب المال فيها كالا جنبي وخمسمائة نصيب رب المال فيجب اسقاطها قال ابن سبابة وروى عن أبي يوسف أنه قال وهو قوله الآخر ان رب المال اذا اشترى عبدا بعشر آلاف ثم باعه من المضارب بمائة باعه المضارب مائة على مائة وكذلك لو اشترى المضارب بعشرة آلاف فباعه من رب المال بمائة باعه رب المال مائة على مائة لان البيع على أقل الثنتين لانه اشتراه بأقل الثنتين فلا يجوز أن يزد على الثمن الذي اشتراه فان قيل كيف يجوز للمضارب الخط على قول أبي يوسف فالجواب انه انما لا يجوز له حطه عند أبي يوسف ومحمد لحق رب المال فاذا باعه من رب المال وحط فقد رضى رب المال بذلك فجاز (وأما) على قول أبي يوسف الاول الذي أشار اليه ابن سبابة فهو ان الخط لا يجوز لانه قال اذا كان رأس المال الف الف ربح فيه الف الف اشترى بألفين جارية ثم باعها من رب المال بألف وخمسمائة فان رب المال يبيعها مائة بلف وسبع مائة وخمسين لان المضارب حط من الثمن خمسمائة نصفها من نصيبه ونصفها من مال المضاربة وهو ملك الخط في حق نصيبه ولا يملك ذلك في مال المضاربة في قول أبي يوسف ومحمد فلم يصح حط نصيب رب المال فلذلك باع مائة على ألف وسبع مائة وخمسين فينبغي على هذا القول اذا باع مائة أن يقول قام على بكذا ولا يقول اشتريته بكذا لان الزيادة لحقت بالثمن حكما والشراء ينصرف الى ما وقع العقده والصحيح قوله الاخير لما ذكرنا أن عدم جواز الخط في مال المضاربة لحق رب المال فاذا اشترى هو فقد رضى بذلك فكانه أذن للمضارب أن يبيعه بنقصان لاجنبي

وذكر محمد في كتاب المضارب بة لو اشترى رب المال عبداً بألف فباعه من المضارب بألفين ألف رأس المال والربح
 فان المضارب يبيعه مائة على الف وخمسمائة يسقط من ذلك ربح رب المال ويبيع على رأس المال وربع المضارب
 لما بينا ولو كان رب المال اشترى العبد بخمسمائة والبعد يساوي الفين فباعه من المضارب بألفين فان المضارب يبيعه
 مائة على الف لان رأس المال خمسمائة ونصيب المضارب من المال خمسمائة وما سوى ذلك ربح رب المال فلا يثبت
 حكمه على ما بينا فيما تقدم الا أن بين الامر على وجهه فيبيعه كيف شاء لان المانع من البيع بجميع الثمن التهمة فاذا بين
 فقد زالت التهمة فيجوز البيع ولو اشترى رب المال بألف وقيمته الف فباعه من المضارب بألفين ألف مضارب بة والف
 ربح فان المضارب يبيعه مائة على الف لانه لما اشترى ما قيمته الف ذهب ربحه فلم يبق له في المال حصة وصار
 كانه مال رب المال فباعه على رأس ماله ولو كان رب المال اشترى بخمسمائة والمسألة بمجالها فان المضارب يبيعه مائة
 على خمسمائة لانه لم يبق للمضارب حصة فصار اشراء مال رب المال بعضه ببعض فيبيعه على رأس المال الاول
 ولو كان رب المال اشترى بالفين وقيمته الف فباعه من المضارب بالفين فان المضارب يبيعه بالف ولا يبيعه على أكثر من
 ذلك لان قيمته الف فليس فيه ربح للمضارب يبيعه عليه ولا ان رب المال لم يباعه بألفين ما يساوي القاه ومما تمهنا
 في حق الغير في العقد فصاركه أخذ الفألاً على طريق البيع وباعه العبد بالف فلا يبيعه بأكثر من ذلك ولو كان العبد
 يساوي القاه وخمسمائة والمسألة بمجالها وقد اشترى بالف وأراد المضارب ان يبيعه مائة باعه مائة على الف ومائتين
 وخمسين لان في العبد ربحاً للمضارب ونصيبه من الربح هو مع رب المال فيه كالأجنبي فيبيعه على أقل الثمنين مع حصة
 المضارب من الربح وذكر محمد في الاصل اذا اشترى المضارب عبداً بالف درهم مضارب بة فباعه من رب المال بالفين
 ثم ان رب المال باعه من أجنبي مساومة بثلاثة آلاف درهم ثم اشترى المضارب من الاجنبي بالف درهم فاراد أن يبيعه
 مائة لم يحجز له ذلك في قول أبي حنيفة رحمه الله الا ان بين الامر على وجهه وفي قول أبي يوسف ومحمد يبيعه
 مائة على الفين وهذه فرعية مسئلة أخرى مذكورة في البيوع وهي ما اذا اشترى شيئاً فربح فيه ثم ملكه بشراء
 آخر فاراد أن يبيعه مائة فان عند أبي حنيفة يسقط الربح ويعتبر ما مضى من العقود وفي مسئلتنا قدر ربح فيه رب المال
 التي درهم لان المضارب لما اشترى بالف وباعه من رب المال بالفين فنصف ذلك الربح لرب المال وهو خمسمائة فلما
 باعه رب المال بثلاثة آلاف فقد ربح فيه القاه وخمسمائة لانه قام عليه بالف وخمسمائة مقدار رأس المال ونصيب
 المضارب من الربح اذا ضم الى ذلك فقد ربح الفين فاذا اشترى المضارب بالفين وجب ان يطرح الفين من رأس المال
 فلا يبقى شيء ولهذا لم يحجز البيع مائة الا بعد ان يبين وأما على قولهما فانما يعتبر العقد الاخير خاصة فالربح في العقد
 الاول لا يحيط عن الثاني فيبيعه مائة على جميع الفين ولو اشترى المضارب عبداً بالف فباعه من رب المال
 بالف وخمسمائة ثم باعه رب المال من أجنبي بالف وستائة ثم ان المضارب اشترى من الاجنبي بالف درهم فاراد أن يبيعه
 مائة باعه على الف وأربعمائة على قول أبي حنيفة لان رب المال قدر ربح فيه ستائة ألا ترى ان المضارب لما
 اشترى بالف باعه من رب المال بالف وخمسمائة فنصيب رب المال من الربح مائتان وخمسون وكان رب المال اشترى
 بالف ومائتين وخمسين رأس المال وحصة المضارب فلما باعه بالف وستائة فقد ربح ثلثمائة وخمسين وقد كان ربح
 مائتين وخمسين ربح المضارب فوجب أن يحيط ذلك المضارب من الثمن فيبقى الف واربعمائة ولو اشترى المضارب
 عبداً بالف فولاه رب المال ثم ان رب المال باعه من أجنبي بالف وخمسمائة ثم ان المضارب اشترى من الاجنبي
 مائة بالفين ثم ان رب المال لما حط من الاجنبي ثلثمائة فان الاجنبي يحط من المضارب أربعمائة لان رب المال
 لما حط من الاجنبي ثلثمائة استند ذلك الحط الى العقد فكان ذلك المقدار لم يكن في طرح من رأس المال وتطرح
 حصته من الربح وقد كان الاجنبي ربح مثل ثلث الثمن في طرح مع الثلثمائة ثلثها فيصير الحط عن المضارب أربعمائة
 فان أراد المضارب أن يبيع هذا العبد مائة باعه على الف ومائتين لان رب المال ربح أربعمائة ألا ترى أنه لو باعه من

الاجنبي فربح خمسمائة ثم حط عنه ثلثمائة وهذا الحط من رأس المال والربح جميعاً ما تبتين من رأس المال ومائة من الربح فلما سقط من الربح مائة يبقى الربح أربع مائة فلما اشتراه المضارب بالدين ثم حط عنه أربع مائة صار شرؤه بالف وستمائة فيطرح عنه مقدار ما ربح فيه رب المال وهو أربع مائة فيبقي على ما بقي وتجوز المراجعة بين المضاربين كما تجوز بين المضارب ورب المال قال محمد في الاصل اذا دفع الرجل الى رجل ألف درهم مضارباً بالنصف ودفع الى رجل آخر ألف درهم مضارباً بالنصف فاشتري أحد المضاربين عبداً بخمسمائة من المضارب فباعه من المضارب الآخر بألف فاراد الثاني أن يبيعه مراحمة باعده على خمسمائة فهو أقل الثنتين لأن مال المضاربين لرجل واحد فصار يبيع أحدهما من الآخر في حق الاجانب كبيع الانسان ملكه بماله فيبيعه مراحمة على أقل الثنتين ولو باعه الاول من الثاني بألفين ألف من المضاربين والف من مال نفسه فان الثاني يبيعه مراحمة على ألف ومائتين وخمسين لأن الثاني اشترى نصفه لنفسه وقد كان الاول اشترى ذلك النصف بمائتين وخمسين فيبيعه الثاني مراحمة على ألف لانه لا نصيب لواحد منهما في شراء صاحبه فصار كاجنبيين فاما النصف الذي اشترى الثاني بالف المضارب فبقيت كان الاول اشتراه بمائتين وخمسين وهو مال واحد فيبيعه على أقل الثنتين ولو كان الاول اشتراه بألف المضارب فباعه من الثاني بألفين للمضارب بالف رأس المال والف ربح فان الثاني يبيعه مراحمة بألف وخمسمائة لانه يبيعه على أقل الثنتين وعلى حصته من الربح وأقل الثنتين ألف وحصصة المضارب خمسمائة ولو كان الاول اشتراه بخمسمائة والمسئلة بحالها باعه الثاني على ألف لأن أقل الثنتين خمسمائة وحصصة المضارب خمسمائة فيبيعه مراحمة على أقل الثنتين وحصصة من الربح والربح في المضاربة بينهما على الشرط والوضعية على رب المال والقول قول المضارب في دعوى الهلاك لأن المال أمانة في يده (وأما) الذي يستحقه المضارب بالعمل فالذي يستحقه بعمله في مال المضارب بشئنا أحدهما النفقة والكلام في النفقة في مواضع في وجوبها وفي شرط الوجوب وفيما فيه النفقة وفي تفسير النفقة وفي قدرها وفيما تحتسب النفقة منه (أما) الوجوب فلان الربح في باب المضاربة يحتمل الوجود والعدم والعاقلة لا يسافر بحال غيره لقاعدة تحتمل الوجود والعدم مع تعجيل النفقة من مال نفسه فلم تحجل نفقته من مال المضارب لانه لا تمتنع الناس من قبول المضاربات مع مساس الحاجة اليها فكان اقدامها على هذا العقد والحال ما وصفنا اذنا من رب المال للمضارب بالاتفاق من مال المضاربة فكان ما ذونا في الاتفاق دلالة فصار كما لو اذن له به نصاً ولانه يسافر لاجل المال لا على سبيل التبرع ولا ببدل واجبه له لانه لا يتكون نفقته في المال بخلاف المبيع لا يسافر بحال الغير على وجه التبرع وبخلاف الاجير لانه يعمل ببدل لازم في ذمة المستأجر لا محالة فلا يستحق النفقة وهكذا روى ابن سماعة عن محمد في الشريك اذا سافر بالمال أنه ينفق من المال كالمضارب (وأما) شرط الوجوب فنخرج المضارب بالمال من المصر الذي أخذ المال منه مضارباً سواء كان المصر مصره أو لم يكن فادام يعمل به في ذلك المصر فان نفقته في مال نفسه لا في مال المضارب بانه أثق شيئاً منه ضمن لان دلالة الاذن لا تثبت في المصر وكذا اقامته في الحضر لا تكون لاجل المال لانه كان مقيماً قبل ذلك فلا يستحق النفقة ما لم يخرج من ذلك المصر سواء كان خروجه بالمدة سفر أو أقل من ذلك حتى لو خرج من المصر يوماً أو يومين فله أن ينفق من مال المضارب بانه كذا ذكر محمد عن نفسه وعن أبي يوسف من مكان المضارب بانه لوجود الخرج من المصر لاجل المال واذا انتهى الى المصر الذي قضيه فان كان ذلك مصر نفسه أو كان له في ذلك المصر أهل سقطت نفقته حين دخل لانه يصير مقيماً بدخوله فيه لا لاجل المال وان لم يكن ذلك مصره ولا له فيه أهل لكنه أقام فيه للبيع والشراء لا تسقط نفقته ما أقام فيه وان نوى الإقامة خمسة عشر يوماً فصاعداً لم يتخذ ذلك المصر الذي هو فيه داراً اقامة لانه اذا لم يتخذ داراً اقامة كانت اقامته فيه لاجل المال وان اتخذ وطناً كانت اقامته للوطن لا للمال فصار كالوطن الاصل فنقول الحاصل انه لا تبطل نفقة المضارب بانه بعد المسافرة بالمال الا بالاقامة في مصره أو في مصر يتخذ داراً اقامة لما قلنا ولو خرج من المصر الذي دخله للبيع والشراء بنية العود الى المصر

الذي أخذ المال فيه مضاربته فان نفقته من مال المضارب به حتى يدخله فاذا دخله فان كان ذلك مصره أو كان له فيه أهل سقطت نفقته والا فلا حتى لو أخذ المضارب مالا بالكوفة وهو من أهل البصرة وكان قد قدم الكوفة مسافراً فلا نفقة له في المال مادام بالكوفة لما قلنا فاذا خرج منها مسافراً فله النفقة حتى يأتي البصرة لان خر وجهه لاجل المال ولا ينفق من المال مادام بالبصرة لان البصرة وطن أصلي له فكان اقامته فيها لاجل الوطن لا لاجل المال فاذا خرج من البصرة له أن ينفق من المال حتى يأتي الكوفة لان خر وجهه من البصرة لاجل المال وله أن ينفق أيضاً ما أقام بالكوفة حتى يعود الى البصرة لان وطنه بالكوفة كان وطن اقامته وانه يبطل بالسفر فاذا عاد اليها وليس له وطن فكان اقامته فيها لاجل المال فكان نفقته فيه وكل من كان مع المضارب ممن يعينه على العمل فنفقته من مال المضارب به حراً كان أو عبداً أو أجيراً يأخذه أو يخدم دابته لان نفقتهم كفنفقة نفسه لانه لا يتبها له السفر الا بهم الا ان يكون معه عبيد لرب المال بعثهم ليعاونوه فلا نفقة لهم في مال المضارب به ونفقة بهم على رب المال خاصة لان اعانة عبده مال كاعانة رب المال بنفسه ورب المال لو أعان المضارب بنفسه في العمل لم تكن نفقته في مال المضارب به كذا عبيده فأما عبد المضارب فهو كالمضارب والمضارب اذا عمل بنفسه في المال اتفق عليه منه كذا عبده (وأما) ما فيه النفقة فالنفقة في مال المضارب به وله أن ينفق من مال نفسه ماله ان ينفق من مال المضارب به على نفسه ويكون ديناً في المضارب به حتى كان له أن يرجع فيها لان الاتفاق من المال وتدبيره اليه فكان له أن ينفق من ماله ويرجع به على مال المضارب به كالوصي اذا اتفق على الصغير من مال نفسه أن له أن يرجع بما اتفق على مال الصغير لما قلنا كذا هذا لانه ان يرجع بما اتفق في مال المضارب به لكن بشرط بقاء المال حتى لو هلك المال لم يرجع على رب المال بشيء كذا ذكر محمد في المضارب به لان نفقة المضارب من مال المضارب به فاذا هلك بمافيه كالدين يسقط بهلاك الرهن والزكاة تسقط بهلاك النصاب وحكم الجناية يسقط بهلاك العبد الخاني (وأما) تفسير النفقة التي في مال المضارب به فالكسوة والطعام والادام والشراب وأجر الاجير وفراش بنام عليه وعلف دابته التي يركبها في سفره ويتصرف عليها في حوائجه وغسل ثيابه ودهن السراج والخطب ونحو ذلك ولا خلاف بين أصحابنا في هذه الجملة لان المضارب لا بد له منها فكان الاذن ثابتاً من رب المال دلالة (وأما) ثمن الدواء والحجامة والقصد والتنوير والادهان وما يرجع الى التداوى وصلاح البدن في ماله خاصة لا في مال المضارب به وذكر الكرخي رحمه الله في مختصره في الدهن خلاف محمد انه في مال المضارب به عنده وذكر في الحجامة والاطلاء بالنورة والخضاب قول الحسن بن زياد انه قال على قياس قول أبي حنيفة يكون في مال المضارب به والصحيح أنه يكون في ماله خاصة لان وجوب النفقة للمضارب في المال دلالة الاذن الثابت عادة وهذه الاشياء غير معتادة هذا اذا قضى القاضي بالنفقة بقضى بالطعام والكسوة ولا يقضى بهذه الاشياء (وأما) الفاكهة فالمعتاد منها يجري مجرى الطعام والادام وقال بشرى نوادره سألت أبا يوسف عن اللحم فقال يأكل كما كان يأكل لانه من المأكول المعتاد (وأما) قدر النفقة فهو ان يكون بالمعروف عند التجار من غير اسراف فان جاوز ذلك ضمن الفضل لان الاذن ثابت بالعادة فيعتبر القدر المعتاد وسواء سافر برأس المال أو بمتاع عن المضارب به لان سفره في الحالين لاجل المال وكذا لو سافر فلم يتفق له شراء متاع من حيث قصد وعاد بالمال فنفقته مادام مسافراً في مال المضارب به لان عمل التجارة على هذا وهو ان يتفق الشراء في وقت ودون وقت ومكان دون مكان وسواء سافر بمال المضارب به وحده أو بماله ومال المضارب به ومال المضارب به لرجل أو رجلين فله النفقة غير انه ان سافر بماله ومال المضارب به أو بجالين لرجلين كانت النفقة من المالين بالحصص لان السفر لاجل المالين فتكون النفقة فهم ما وان كان أخذ المالين مضارباً لرجل والآخر بضاعة لرجل آخر فنفقته في مال المضارب به لان سفره لاجله لا لاجل البضاعة لانه متبرع بالعمل بها الا أن يتبرع بعمل البضاعة فينفق من مال نفسه لانه بدل العمل في المضارب به وليس على رب البضاعة شيء الا أن يكون أذن له في النفقة منها لانه تبرع بأخذ البضاعة فلا يستحق النفقة كالمودع ولو خلط مال المضارب به بماله وقد أذن له في ذلك فالنفقة

بالخصص لان سفره لاجل المالين (وأما) ما تحتسب النفقة منه فالنفقة تحتسب من الربح أولاً ان كان في المال ربح فان لم يكن فهي من رأس المال لان النفقة جزءه هالك من المال والاصل ان لهلاك ينصرف الى الربح ولا نالوجعلناها من رأس المال خاصة أو في نصيب رب المال من الربح لزيادة نصيب المضارب في الربح على نصيب رب المال فاذا رجع المضارب الى مصره فافضل عنده من الكسوة والطعام رده الى المضاربة لان الاذن له بالنفقة كان لاجل السفر فاذا انقطع السفر لم يبق الاذن فيجب رد ما بقي الى المضاربة وروى المعلى عن أبي يوسف اذا كان مع الرجل ألف درهم مضاربة فاشترى عبداً بألفين فأفق عليه فهو متطوع في النفقة لانه لم يبق في يده شيء من رأس المال فالنفقة تكون استئدانة على المال وهو لا يملك ذلك فصار كالاجنبي اذا أفق على عبده غير الا أن يكون القاضي أمره بذلك فان رفعه الى القاضي فأمره القاضي بالنفقة عليه فأفق فهو عليهم ما على قدر رأس المال قال أبو يوسف رحمه الله وهذه قسمة من القاضي بين المضارب وبين رب المال اذا قضى بالنفقة وانما صارت النفقة ديناً بأمر القاضي لان له ولاية على الغائب في حفظ ماله وهذا من باب الحفظ فيملك الامر بالاستئدانة عليه وانما صار قضاء القاضي بالنفقة قسمة لوجود معنى القسمة وهو التعمين لان القاضي لما أزم المضارب النفقة لاجل نصيبه فقد عين نصيبه ولا يتحقق تعيين نصيب المضارب الا بعد تعيين رأس المال وهذا معنى القسمة ولودفع الى رجل ألف درهم مضاربة فاشترى بها جارية قيمتها ألفان فالنفقة على المضارب وعلى رب المال في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد النفقة على رب المال كذا حقق القدوري رحمه الله الاختلاف (وجهه) قول محمد ان المضارب لم يتعين له ملك لان رأس المال غير متعين فكانت الجارية على حكم رب المال فكانت نفقتها عليه ويحتسب بها في رأس ماله في رواية عنه وفي رواية أخرى عنه يقال لرب المال اشق ان شئت (ولهما) ان نصيب المضارب من العبد على ملكه بدليل ان اعتاقه ينفذ منه فلا يجوز الزام رب المال الا اتفاقاً على ملك غيره فاذا قضى على كل واحد منهما بنفقة نصيبه فقد عين الربح ورأس المال فيكون قسمة لوجود معنى القسمة وعلى هذا الخلاف العبد لا يبق من المضاربة اذا جاء به رجل وقيمتها ألفان وليس في يده من المضاربة غير العبد ان جعل عليهما في قول أبي حنيفة وأبي يوسف لان العبد على ملكهما وعند محمد الجعل على رب المال يحسب في رأس ماله اذ هو زيادة في رأس المال فاذا بيع استوفى رب المال رأس ماله والجعل وما بقي يكون بينهما على ما اشترط من الربح قال بشر بن أبي يوسف ان الجعل لا يحتسب به في مال المضاربة ويحتسب به فيما بين المضارب ورب المال فان كان هناك ربح فالجعل منه والافهو وضعية من رأس المال وانما لم يلحق الجعل برأس المال في باب المراجعة لان الذي يلحق رأس المال في المراجعة ما جرت عادة التجار بالخاق به وما جرت عادتهم بالخاق الجعل ولانه نادر غير معتاد فلا يلحق بالعادة ما ليس بمعتاد وانما احتسب به فيما بين المضارب ورب المال لانه غرم لاجل المال ويجوز ان يحتسب بالشئ فيما بين المضارب ورب المال ولا يلحق برأس المال في المضاربة كنفقة المضارب على نفسه والثاني ما يستحقه المضارب بعمله في المضاربة الصحيحة هو الربح المسمى ان كان في المضاربة ربح وانما يظهر الربح بالقسمة وشرط جواز القسمة قبض رأس المال فلا تصبح قسمة الربح قبل قبض رأس المال حتى لو دفع الى رجل ألف درهم مضاربة بالنصف فربح ألفاً فاقسم الربح ورأس المال في يد المضارب لم يقبضه رب المال فهلكت الالف التي في يد المضارب بعد قسمتهما الربح فان القسمة الاولى لم تصبح وما قبض رب المال فهو محسوب عليه من رأس ماله وما قبضه المضارب دين عليه برده الى رب المال حتى يستوفى رب المال رأس ماله ولا تصبح قسمة الربح حتى يستوفى رب المال رأس المال والاصل في اعتبار هذا الشرط ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال مثل المؤمن مثل التاجر لا يسلم له ربحه حتى يسلم له رأس ماله كذلك المؤمن لا تسلم له نوافله حتى تسلم له غنمه فدل الحديث على ان قسمة الربح قبل قبض رأس المال لا تصبح ولان الربح زيادة والنزاد على الشئ لا تكون الا بعد سلامة الاصل ولان المال اذا بقي في يد المضارب فحكم المضاربة بحالها فلو صححتنا قسمة الربح لثبتت قسمة القرض قبل الاصل فهذا لا يجوز واذا لم تصبح

القسمة فإذا هلك ما في يد المضارب صار الذي اقتسمه هو رأس المال فوجب على المضارب أن يرد منه تمام رأس المال فان قبض رب المال ألف درهم رأس ماله أولاً ثم اقتسم الريح ثم رد الالف التي قبضها بعينها إلى يد المضارب على أن يعمل بها بالنصف فهذه مضاربة مستقبلة فان هلك في يده لم تنتقض القسمة الاولى لان رب المال لما استوفى رأس المال فقد انتهت المضاربة وصححت القسمة فإذا رد المال فهذا عقد آخر فهلاك المال فيه لا يبطل القسمة في غيره ولو كان الريح في المضاربة الاولى ألفين واقتسم الريح فأخذ رب المال ألفاً والمضارب ألفاً ثم هلك ما في يد المضارب فان القسمة باطلة وما قبضه رب المال محسوب من رأس المال ورد المضارب نصف الالف الذي قبض لانه لما هلك ما في يد المضارب من رأس المال قبل صحة القسمة صار ما قبضه رب المال رأس ماله واذا صار ذلك رأس المال تعين الريح فيما قبضه المضارب بالقسمة فيكون بينهما على الشرط فيجب عليه أن يرد نصفه وكذلك ان كان قد هلك ما قبضه المضارب من الريح يجب عليه أن يرد نصفه لانه تبين انه قبض نصيب رب المال من الريح لنفسه فصار ذلك مضموناً عليه ولو هلك ما قبض رب المال لم يتعين بهلاكه شيء لان ما هلك بعد القبض يهلك في ضمان القابض فبقاؤه وهلاكه سواء قالوا واقتسم الريح ثم اختلفا فقال المضارب قد كنت دفعت اليك رأس المال قبل القسمة وقال رب المال لم أقبض رأس المال قبل ذلك فالتقول قول رب المال ويرد المضارب ما قبضه لنفسه تمام رأس المال يحتسب على رأس رب المال بما قبض من رأس ماله ويتم له رأس المال بما برده المضارب فان بقي شيء بعد ذلك مما قبضه المضارب كان بينهما نصفين وانما كان كذلك لان المضارب يدعى انه رأس المال ورب المال ينكر ذلك والمضارب وان كان أميناً لكن القول قول الأمين في اسقاط الضمان عن نفسه لا في التسليم الى غيره ولان المضارب يدعى خلوص ما بقي من المال والريح ورب المال يجحد ذلك فلا يقبل قول المضارب في الاستحقاق فان أقاما البينة فالبينة بين المضارب لانهما ثبتا بقاء رأس المال ولا يقال الظاهر شاهد للمضارب فيما ادعاه من ايفاء رأس المال اذ الريح لا يكون الا بعد الايفاء اذ هو شرط صحة قسمة الريح لانا نقول قد جرت عادة التجار بالمقاسمة مع بقاء رأس المال في يد المضارب فلم يكن الظاهر شاهد للمضارب وذكر ابن سبابة في نوادره عن أبي يوسف في رجل دفع الى رجل ألف درهم مضاربة صححة ثم جعل رب المال يأخذ الخمسين والعشرين لنفسه والمضارب يعمل بالنفقة ويترجح فيما يشتري ويبيع ثم احتسبا فانهما يحتسبان برأس المال ألف درهم يوم يحتسبان والريح بينهما نصفان ولا يكون مأخذ رب المال من النفقة نقصاً من رأس المال ولكنهما يحتسبان رأس المال ألفاً من جميع المال وما بقي من ذلك فهو بينهما نصفان لاننا لو جعلنا المقبوض من رأس المال بطلت المضاربة لان استرجاع رب المال رأس ماله يوجب بطلان المضاربة وهما لم يقصدا ابطالها فيجعل رأس المال فيما بقي لئلا يبطل هذا اذا كان في المضاربة ربح فان لم يكن فيها ربح فلا شيء للمضارب لان الشرط قد صح فلا يستحق الا ما شرط وهو الريح ووجد (وأما) الذي يستحقه رب المال فالربح المسمى اذا كان في المال ربح وان لم يكن فلا شيء له على المضارب هذا كله حكم المضاربة بالصحيحة (وأما) حكم المضاربة الفاسدة فليس للمضارب أن يعمل شيئاً مما ذكرنا ان له أن يعمل في المضاربة بالصحيحة ولا يثبت بها شيء مما ذكرنا عن أحكام المضاربة بالصحيحة ولا يستحق النفقة ولا الربح المسمى وانما له أجر مثل عمله سواء كان في المضاربة ربح أو لم يكن لان المضاربة الفاسدة في معنى الاجارة الفاسدة والاجير لا يستحق النفقة ولا المسمى في الاجارة الفاسدة وانما يستحق أجر المثل والربح كله يكون لرب المال لان الريح تمام ملكه وانما يستحق المضارب شطراً منه بالشرط ولم يصح الشرط فكان كله لرب المال والخسران عليه والقول قول المضارب في دعوى الهلاك والضياع والهلاك في المضاربة الفاسدة مع يمينه هكذا ذكر في ظاهر الرواية وجعل المال في يده أمانة كما في المضاربة بالصحيحة وذكر الطحاوي فيه اختلافاً وقال لا ضمان عليه في قول أبي حنيفة وعندهما يضمن كما في الاجير المشترك اذا هلك المال في يده

﴿فصل﴾ وأما صفة هذا العقد فهو انه عقد غير لازم ولكل واحد منهما أعنى رب المال والمضارب الفسخ لكن عند وجود شرطه وهو علم صاحبه لما ذكرنا في كتاب الشركة ويشترط أيضاً أن يكون رأس المال عيناً وقت الفسخ دراهم أو دنانير حتى لو نهى رب المال المضارب عن التصرف ورأس المال عر وض وقت النهى لم يصح نهيه وله أن يبيعها لأنه يحتاج إلى بيعها بالدرهم والدنانير ليظهر الربح فكان النهى والفسخ باطلاً لحقه في التصرف فلا يملك ذلك وإن كان رأس المال دراهم أو دنانير وقت الفسخ والنهى صح الفسخ والنهى لكن له أن يصرف الدراهم إلى الدنانير والدنانير إلى الدراهم لأن ذلك لا يعد بيعاً لا تحادهما في الثمنية

﴿فصل﴾ وأما حكم اختلاف المضارب ورب المال فإن اختلفا في العموم والخصوص فالقول قول من يدعى العموم بان ادعى أحدهما المضاربة في عموم التجارات أوفى عموم الامكنة أومع عموم من الاشخاص وادعى الآخر نوعاً دون نوع ومكاناً دون مكان وشخصاً دون شخص لأن قوله من يدعى العموم موافق للمقصود بالعقد إذا المقصود من العقد هو الربح وهذا المقصود في العموم أوفر وكذلك لو اختلفا في الاطلاق والتقييد فالقول قول من يدعى الاطلاق حتى لو قال رب المال أذنت لك أن تتجر في الخطة دون ماسواها وقال المضارب ماسمت لي تجارة بعينها فالقول قول المضارب مع عيئه لأن الاطلاق أقرب إلى المقصود بالمقد على ما بينا وقال الحسن بن زياد ان القول قول رب المال في الفصلين جميعاً وقيل انه قول زفر (وجهه) أن الأذن يستفاد من رب المال فكان القول في ذلك قوله فان قامت لهما بينة فالبينة بينة مدعى العموم في دعوى العموم والخصوص لانها تثبت زيادة وفي دعوى التقييد والاطلاق البينة بينة مدعى التقييد لانها تثبت زيادة فيه وبينه الاطلاق ساكتة ولو اتفقا على الخصوص لكنهما اختلفا في ذلك الخاص فقال رب المال دفعت المال إليك مضاربة في البز وقال المضارب في الطعام فالقول قول رب المال في قولهم جميعاً لأنه لا يمكن الترجيح هنا بالمقصود من العقد لاستوائهما في ذلك فترجح بالاذن وأنه يستفاد من رب المال فإن أقاما البينة فالبينة بينة المضارب لأن بينته مثبتة وبينه رب المال نافية لأنه لا يحتاج إلى الاثبات والمضارب يحتاج إلى الاثبات لدفع الضمان عن نفسه فالبينة المثبتة للزيادة أولى وقد قالوا في البينتين إذا تعارضتا في صفة الاذن وقد وقتا ان الوقت الاخير أولى لأن الشرط الثاني ينقض الاول فكان الرجوع إليه أولى وإن اختلفا في قدر رأس المال والربح فقال رب المال كان رأس مالي ألفين وشرطت لك ثلث الربح وقال المضارب رأس المال ألف وشرطت لي نصف الربح فان كان في يد المضارب ألف درهم يقرأها مال المضاربة فالقول قول المضارب في أن رأس المال ألف والقول قول رب المال انه شرط ثلث الربح وهذا قول أبي حنيفة الآخر وهو قول أبي يوسف ومحمد وكان قوله الاول ان القول قول رب المال في الامرين جميعاً وهو قول زفر (وجهه) قوله الاول ان الربح يستفاد من أصل المال وقد اتفقا على ان جملة المال مضاربة وادعى المضارب استحقاقها ورب المال ينكر ذلك فكان القول قوله بخلاف ما اذا قال المضارب بعض هذه الاثني خلطته بها أو بضاعة في يدي لانهما ما اتفقا على ان الجميع مال المضاربة ومن كان في يده شيء فالقول قوله (وجهه) قوله الآخر ان القول في مقدار رأس المال قول المضارب لانهما اختلفا في مقدار المقبوض فكان القول قول القابض ألا ترى انه لو أنكر القبض أصلاً وقال لم أقبض منك شيئاً كان القول قوله فكذا اذا أنكر البعض دون البعض وإنما كان القول قول رب المال في مقدار الربح لأن شرط الربح يستفاد من قبله فكان القول في مقدار المشرط قوله ألا ترى انه لو أنكر الشرط رأساً فقال لم أشرط لك ربحاً وإنما دفعت إليك بضاعة كان القول قوله فكذا اذا أقر البعض دون البعض وإذا كان القول قول المضارب في قدر رأس المال في قوله الاخير فالقول قول رب المال في مقدار الربح في قولهم يجعل رأس المال ألف درهم ويجعل للمضارب ثلث الألف الاخرى فلا يقبل قول رب المال في زيادة رأس المال ولا يقبل قول المضارب في زيادة شرط الربح وعلى قوله الاول يأخذ رب المال الاثني جميعاً وإن كان في يده ثلاثة آلاف درهم والمسئلة بحالها أخذ رب المال ألف درهم على قوله الاخير

واقسم ما بقي من المال أثلاثاً على قوله الأول يأخذ رب المال ألفي درهم و يأخذ ثلثي ألف الأخرى لما بينا وإن كان في يد المضارب قدر ما ذكر أنه قبض من رأس المال أو أقل ولم يكن في يده أكثر مما أقر فالقول قول المضارب عندهم جميعاً لأنه لا سبيل إلى قبول قول رب المال في إيجاب الضمان على المضارب فإن جاء المضارب بثلاثة آلاف فقال ألف رأس المال وألف ربح وألف وبضاعة لا آخر أو مضارب بـ لا آخر أو بضاعة لا آخر أو شركة لا آخر أو على ألف دين فالقول في الوديعة والشركة والبضاعة والدين قول المضارب في الأقل وكلها لأن من في يده شيء فالظاهر أنه لا أن يعترف به لغيره ولم يعترف لرب المال بهذه الألف فكان القول قوله فيها وكل من جعلنا القول قوله في هذا الباب فهو مع يمينه ومن أقام بينهما بينة على ما يدعى من فضل فالبينه بينة كل واحد منهما ثبتت زيادة فينبه رب المال ثبتت زيادة رأس المال وبينه المضارب ثبتت زيادة في ربح وقال محمد رحمه الله إذا قال رب المال شرطت لك ثلث الربح و زيادة عشرة دراهم وقال المضارب بل شرطت لي الثلث فالقول قول المضارب لأنهما اتفقا على شرط الثلث وادعى رب المال زيادة لا متفعة له فيها إلا فساد العقد فلا يقبل قوله وإن قامت لهما بينة فالبينه بينة رب المال لأنها ثبتت زيادة شرط ولو قال رب المال شرطت لك الثلث إلا عشرة وقال المضارب بل شرطت لي الثلث فالقول قول رب المال لأنه أقر له ببعض الثلث والمضارب يدعى تمام الثلث فلا يقبل قوله في زيادة شرط الربح وفي هذا نوع اشكال وهو أن المضارب يدعى صحة العقد ورب المال يدعى فساداً فينبغي أن يكون القول قول المضارب والجواب أن دعوى رب المال وإن تعلق به فساد العقد لكنه منكر زيادة يدعيها المضارب فيعتبر إنكاره لأنه مفيد في الجملة ولو قال رب المال شرطت لك نصف الربح وقال المضارب شرطت لي مائة درهم أو لم تشتري لي شيئاً أو لي أجر المثل فالقول قول رب المال لأن المضارب يدعى أجرًا وإيجاباً ذمة رب المال ورب المال ينكر ذلك فيكون القول قوله فإن أقام رب المال البينة على شرط النصف وأقام المضارب البينة على أنه لم يشترط له شيئاً فالبينه بينة رب المال لأنها مثبتة للشرط وبينه المضارب نافية والمثبتة أولى ولو أقام المضارب البينة أنه شرط له مائة درهم فيبينته أولى لأن البينتين استويا في إثبات الشرط وبينه المضارب أوجب حكاماً وأنداهو إيجاب الأجر على رب المال فكانت أولى وذكر الكرخي رحمه الله أنهم جعلوا حكم المزارعة في هذا الباب حكم المضاربة إلا في هذا الفصل خاصة وهو أنه إذا أقام رب الأرض والبذر البينة على أنه شرط للعامل نصف الخراج وقال العامل شرطت لي مائة فقبر فالبينه بينة الدافع وفي المضاربة البينة بينة المضارب والفرق بينهما أن المزارعة عقد لازم في جانب العامل بدليل أن من لا بذله من جهته لو امتنع من العمل بحجر عليه فرجحنا بينة من يدعى الصحة والمضاربة ليست بلازمة فإن المضارب لو امتنع من العمل لا يحجر عليه فلم يقع الترجيح بالتصحيح فرجحنا بإيجاب الضمان وهو الأجر ولو قال رب المال دفعت إليك بضاعة وقال المضارب مضاربة بالنصف أو مائة درهم فالقول قول رب المال لأن المضارب يستفيد الربح بشرطه وهو منكر فكان القول قوله أنه لم يشترط ولأن المضارب يدعى استحقاقاً في مال الغير فالقول قول صاحب المال ولو قال المضارب أقرضتني المال والربح لي وقال رب المال دفعت إليك مضاربة أو بضاعة فالقول قول رب المال لأن المضارب يدعى عليه التملك وهو منكر فإن أقام البينة فالبينه بينة المضارب لأنها تثبت التملك ولأنه لا تنافي بين البينتين لجواز أن يكون أعطاه بضاعة أو مضاربة ثم أقرضه ولو قال المضارب دفعت لي مضاربة وقال رب المال أقرضتك فالقول قول المضارب لأنهما اتفقا على أن يأخذ كان باذن رب المال ورب المال يدعى على المضارب الضمان وهو ينكر فكان القول قوله فإن قامت لهما بينة فالبينه بينة رب المال لأنها تثبت أصل الضمان ولو وجد المضارب المضاربة أصلاً ورب المال يدعى دفع المال إليه مضاربة فالقول قول المضارب لأن رب المال يدعى عليه قبض ماله وهو ينكر فكان القول قوله ولو وجد ثم أقر فقد قال ابن سماعه في نوادره سمعت أبا يوسف قال في رجل دفع إلى رجل مالا مضاربة ثم طلبه منه فقال لم تدفع إلى شيئاً ثم قال بلى استغفر الله العظيم قد دفعت لي ألف درهم مضاربة فهو ضمان للمال لأنه أمين والأمين إذا جحد الأمانة ضمن كالمودع وهذا لأن عقد

المضاربة ليس بعقد لازم بل هو عقد جائز محتمل للفسخ فكان جوده فسخه أو رفعه وإذا ارتفع العقد صار المال مضموناً عليه كالوديعة فإن اشترى بهامع الجحود كان مشترياً لنفسه لأنه ضامن للمال فلا يبقى حكم المضاربة لأن من حكم المضاربة أن يكون المال أمانة في يده فإذا صار مضميناً لم يبق أميناً فإن أقر بعد الجحود لا يرتفع الضمان لأن العقد قد ارتفع بالجحود فلا يعود إلا بسبب جديد فإن اشترى بها بعد الإقرار فالقياس أن يكون ما اشتراه لنفسه لأنه قد ضمن المال بجوده فلا يبرأ منه بفعله وفي الاستحسان يكون ما اشتراه على المضاربة ويبرأ من الضمان لأن الأمر بالشراء لم يرتفع بالجحود بل هو قائم مع الجحود لأن الضمان لا ينفى في الأمر بالشراء بدليل أن من غصب من آخر شيئاً فأمر المصوب منه الغاصب ببيع المصوب أو بالشراء به صرح الأمر وإن كان المصوب مضموناً على الغاصب وإذا بقي الأمر بعد الجحود فإذا اشترى بموجب الأمر وقع الشراء للأمر ولو يقع الشراء له إلا بعد انتفاء الضمان وصار كالغاصب إذا باع المصوب بأمر المالك وسلم أنه يبرأ من الضمان كذا هذا وقوله المال صار مضموناً عليه فلا يبرأ من الضمان بفعله قلنا العين المضمونة يجوز أن يبرأ الضمان منها بفعله كالمصوب منه إذا أمر الغاصب أن يجعل المصوب في موضع كذا أو يسلمه إلى فلان أنه يبرأ بذلك من الضمان وكذلك رجل دفع إلى رجل ألف درهم فأمره أن يشتري بها عبداً فجده ألف ثم أقر به ثم اشترى جازاً للشراء ويكون للأمر وبري الجاحد من الضمان ولو اشترى بها عبداً ثم أقر لم يبرأ عن الضمان وكان الشراء له لما ذكرنا في المضاربة ولو دفع إليه ألفاً وأمره أن يشتري بها عبداً بعينه ثم جحد ألفاً ثم اشترى بها العبد ثم أقر بالألف فإن العبد للأمر لأن الوكيل يشترى العبد بعينه لا يملك أن يشتريه لنفسه فتعين أن يكون الشراء للأمر فصار كأنه أقر ثم اشترى بخلاف المضاربة لأنه يملك أن يشتري لنفسه فلا يحل على الشراء لرب المال إلا أن يقر بالمال قبل الشراء وقال أبو يوسف في المأمور ببيع العبد إذا جحد أهياه فادعاه لنفسه ثم أقر له أن البيع جائز وهو برى من ضمانه وكذلك لو دفع إليه عبداً فأمره أن يهبه لفلان فجده وأدعاه لنفسه ثم أقر له به فباعه أن البيع جائز وهو برى من ضمانه وكذلك إن أمره بعتقه فجده وأدعاه لنفسه ثم أقر له به فاعتقه جاز عتقه لما ذكرنا أن الأمر بعد الجحود قائم فإذا جحد ثم أقر فقد تصرف بأمر رب المال فيبرأ من الضمان ولو باع العبد أو هبه أو أعتقه ثم أقر بذلك بعد البيع قال ابن سميعة يذبح في قياس ما إذا دفع إليه ألفاً وأمره أن يشتري بها عبداً بعينه أنه يجوز ويلزم الأمر لأنه لا يملك أن يبيع العبد لنفسه وقال هشام سمعت محمد قال في رجل دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة فجاء بألف وخمسمائة فقال هذه ألف رأس المال وهذه الخمسمائة ربح وسكت ثم قال على دين فيه لفلان كذا كذا قال محمد القول قول المضارب وقال الحسن بن زياد إذا أقر المضارب أنه عمل بالمال وإن في يده عشرة آلاف وعلى فيه الدين ألفاً أو ألفان فقال ذلك في كلام متصل كان القول قوله مع يمينه يدفع الدين منه سمي صاحبه أو لم يسمه وإن سكت سكتته ثم أقر بذلك وسمى صاحبه أو لم يسمه لم يصدق قال وهذا قياس قول أبي حنيفة وهذا الذي ذكره الحسن يخالف ما قال محمد (وجهه) أنه إذا قال في يدي عشرة آلاف وسكت فقد أقر بالربح فإذا قال على دين ألف فقد رجع عما أقر به لأن الربح لا يكون إلا بعد قضاء الدين والإقرار إذا صحح لا يحتمل الرجوع عنه بخلاف ما إذا قال ذلك متصلاً لأن الإقرار لم يستقر بعد وكان بمنزلة الاستثناء (وجهه) قول محمد أن أقر بالدين في حال يملك الإقرار به فينفذ أقراه كما إذا قال هذا ربحي وعلى دين وقوله أن قوله على دين بعد ما سكت يكون رجوعاً عما أقر به من الربح ممنوع فإنه يجوز أن يبرح ثم يلمز الدين ألا ترى أن الرجل يقول قدر بحت ولزمني دين وهو يملك الإقرار بالدين فإذا أقر به صرح ولو جاء المضارب بألفين فقال ألف رأس المال وألف ربح ثم قال ما أربح إلا الخمسمائة ثم هلك المال كله في يد المضارب فإن المضارب يضمن الخمسمائة التي جحد ها ولا ضمان عليه في باقي المال لأن الربح أمانة في يده فإذا جحد فقد صار غاصباً بالجحود فيضمن إذا هلك ولو قال المضارب لرب المال قد دفعت إليك رأس مالك والذي بقي في يدي ربحي ثم رجعت فقال لم أدفعه إليك ولكن هلك فإنه يضمن ما ادعى دفعه إلى رب المال لأنه صار

جاءد بدعوى الدفع فيضمن بالجحود وكذلك لو اختلفا في الربح ثم رجع فقال لم أدفعه اليك ولكنه هلك فانه يضمن ما ادعى دفعه الى رب المال لما بينا ولو اختلفا في الربح فقال رب المال شرطت لك الثلث وقال المضارب شرطت الى النصف ثم هلك المال في يد المضارب قال محمد يضمن المضارب السدس من الربح يؤديه الى رب المال من ماله خاصة ولا ضمان عليه فيما سوى ذلك لا نأخذ بيننا أن القول في شرط الربح قول رب المال وإذا كان كذلك فنصيب المضارب الثلث وقد ادعى النصف ومن ادعى أمانة في يده ضمنها لذلك يضمن سدس الربح والله عز وجل الموفق

فصل وأما بيان ما يبطل به عقد المضاربة فعقد المضاربة يبطل بالفسخ والنهي عن التصرف لكن عند وجود شرط الفسخ والنهي وهو علم صاحبه بالفسخ والنهي وأن يكون رأس المال عينا وقت الفسخ والنهي فان كان متاعا لم يصح وله أن يبيعه بالدرهم والدنانير حتى ينض كما ذكرنا فيما تقدم وان كان عينا صحح لكن له صرف الدراهم الى الدنانير والدنانير الى الدراهم بالبيع لما ذكرنا أن ذلك لا يعد بيعا لتجانسهما في معنى الثمنية وتبطل بموت أحدهما لان المضاربة تشتمل على الوكالة والوكالة تبطل بموت الموكل والوكيل وسواء علم المضارب بموت رب المال أو لم يعلم لانه عزل حكى فلا يتفق على العلم كما في الوكالة الا أن رأس المال اذا صار متاعا فللوكيل أن يبيع حتى يصير ناضلا بيننا وتبطل بمجرد أحدهما اذا كان مطبقا لانه يبطل أهلية الامر للأمر وأهلية التصرف للمأمر وكل ما تبطل به الوكالة تبطل به المضاربة وقد تقدم في كتاب الوكالة تفصيله ولوارتد رب المال فباع المضارب واشترى بالمال بعد الردة فذلك كله موقوف في قول أبي حنيفة عليه الرحمة ان رجع الى الاسلام بعد ذلك فذلك كله والتحقق رده بالعدم في جميع أحكام المضاربة وصار كأنه لم يرد أصلا وكذلك ان لحق بدار الحرب ثم عاد مسلما قبل أن يحكم بلحاقه بدار الحرب على الرواية التي يشترط حكم الحاكم بلحاقه للحكم بموته وصيرورة أمواله ميراثا لورثته فان مات أو قتل على الردة أو لحق بدار الحرب وقضى القاضي بلحاقه بطلت المضاربة من يوم ارتد على أصل أبي حنيفة عليه الرحمة أن ملك المرتد موقوف ان مات أو قتل أو لحق في حكمكم بالحق يزول ملكه من وقت الردة الى وراثته ويصير كأنه مات في ذلك الوقت فيبطل تصرف المضارب بامره بطلان أهلية الامر ويصير كأنه تصرف في ملك الورثة فان كان رأس المال يومئذ قائما في يده لم يتصرف فيه ثم اشترى بعد ذلك فالمشترى وربحه يكون له لانه زال ملك رب المال عن المال فينزل المضارب عن المضاربة فصار متصرفا في ملك الورثة بغير أمرهم وان كان صار رأس المال متاعا فبيع المضارب فيه وشراؤه جائز حتى ينض رأس المال لما ذكرنا في هذه الحالة لا ينزل بالعزل والنهي ولا بموت رب المال فكذلك رده فان حصل في يد المضارب دنانير ورأس المال دراهم أو حصل في يده دراهم ورأس المال دنانير فالقياس أن لا يجوز له التصرف لان الذي حصل في يده من جنس رأس المال معنى لاتحادهما في الثمنية فيصير كأن عين المال قائم في يده الا انهم استحسنوا فقالوا ان باعه بجنس رأس المال جاز لان على المضارب ان يرد مثل رأس المال فكان له ان يبيع ما في يده كالعروض وأما على أصل أبي يوسف ومحمد فالردة لا تقدر في ملك المرتد فيجوز تصرف المضارب بعد رد رأس المال كما يجوز تصرف رب المال بنفسه عندهما فان مات رب المال أو قتل كان موته كموته المسلم في بطلان عقد المضاربة وكذلك ان لحق بدار الحرب وحكم بلحاقه لان ذلك بمنزلة الموت بدليل ان ماله يصير ميراثا لورثته فبطل أمره في المال فان لم يرد رب المال ولكن المضارب ارتد فالمضاربة على حالها في قولهم جميعا لان وقوف تصرف رب المال بنفسه لوقوف ملكه ولا ملك للمضارب فيما يتصرف فيه بل الملك لرب المال ولم توجد منه الردة فبقيت المضاربة لانه لا عهدة على المضارب وانما العهدة على رب المال في قياس قول أبي حنيفة رحمه الله لان العهدة تلزم بسبب المال فتكون على رب المال وصار كما لو وكل صبيّا محجورا أو عبداً محجورا فأما على قولهما فالعهدة عليه لان تصرفه كتصرف المسلم وان مات المضارب أو قتل على الردة بطلت المضاربة لان موته في الردة كموته قبل الردة وكذا اذا لحق بدار الحرب وقضى بلحقه لان رده مع اللحاق والحكم به بمنزلة موته في بطلان تصرفه فان لحق المضارب

بدار الحرب بعد دونه فباع واشترى هناك ثم رجع مسلماً فجميع ما اشترى وباع في دار الحرب يكون له ولا ضمان عليه في شيء من ذلك لأنه لما لحق بدار الحرب صار كالحر بي إذا استولى على مال إنسان ولحق بدار الحرب أنه يملكه فكذا المرتد وأما ارتداد المرأة وعدم ارتدادها سواء في قوتهم جميعاً سواء كان المال لها أو كانت مضاربة لأن ردتها لا تؤثر في ملكها إلا أن تموت فتبطل المضاربة كما لو ماتت قبل الردة أو لحقت بدار الحرب وحكم بإحقاقها لما ذكرنا أن ذلك بمنزلة الموت وتبطل بهلاك مال المضاربة في يد المضارب قبل أن يشتري به شيئاً في قول أصحابنا لأنه تمين لعقد المضاربة بالقبض فيبطل العقد بهلاكه كالوديعة وكذلك لو استهلك المضارب أو أتلفه أو دفعه إلى غيره فاستهلكه لمساقلنا حتى لا يملك أن يشتري به شيئاً للمضاربة فإن أخذ مثله من الذي استهلكه كان له أن يشتري به على المضاربة كذا روى الحسن عن أبي حنيفة لأنه أخذ عوض رأس المال فكان أخذ عوضه بمنزلة أخذ ثمنه فيكون على المضاربة وروى ابن رستم عن محمد أنه لو أقرضها المضارب رجلاً فإن رجع إليه الدراهم بعينها رجع على المضاربة لأنه وإن تعدى يضمن لكن زال التعدي فيزول الضمان المتعلق به وإن أخذ مثله لم يرجع في المضاربة لأن الضمان قد استقر بهلاك العين وحكم المضاربة مع الضمان لا يجتمعان ولهذا يخالف ما رواه الحسن بن زياد عن أبي حنيفة في الاستهلاك هذا إذا هلك مال المضاربة قبل أن يشتري المضارب شيئاً فإن هلك بعد الشراء بان كان مال المضاربة القفاً فاشترى بها جارية ولم ينقد الثمن البائع حتى هلكت الألف فقد قال أصحابنا الجارية على المضاربة ويرجع على رب المال بالألف فيسلمها إلى البائع وكذلك أن هلكت الثانية التي قبض يرجع بمثلها على رب المال وكذلك سبيل الثالثة والرابعة وما بعد ذلك أبد حتى يسلم إلى البائع ويكون ما دفعه أو لأرب المال وما غرم كله من رأس المال وإنما كان كذلك لأن المضارب متصرف لرب المال فيرجع بما لحقه من الضمان بتصرفه له كالوكيل غير أن الفرق بين الوكيل والمضارب أن الوكيل إذا هلك الثمن في يده فرجع بمثلها إلى الموكل ثم هلك الثاني لم يرجع على الموكل والمضارب يرجع في كل مرة ووجه الفرق أن الوكالة قد انتهت بشراء الوكيل لأن المقصود من الوكالة بالشراء استفادة ملك المبيع لا الربح فإذا اشترى فقد حصل المقصود فأنتهى عقد الوكالة باتهاؤه ووجب على الوكيل الثمن للبائع فإذا هلك في يده قبل أن ينقده البائع وجب للوكيل على الموكل مثل ما وجب للبائع عليه فإذا قبضه مرة فقد استوفى حقه فلا يجب له عليه شيء آخر فاما المضاربة فإنها لا تنتهي بالشراء لأن المقصود منها الربح ولا يحصل إلا بالبيع والشراء مرة بعد أخرى فإذا بقي العقد فكان له أن يرجع ثانياً وثالثاً وما غرم رب المال مع الأول يصير كله رأس المال لأنه غرم لرب المال بسبب المضاربة فيكون كله من مال المضاربة ولأن المقصود من هذا العقد هو الربح فلم يصبر ما غرم رب المال من رأس المال وبهلك مجاناً يتضرر به رب المال لأنه يخسر ويربح المضارب وهذا لا يجوز ولوقبض المضارب الألف الأولى فتصرف فيها حتى صارت ألفين ثم اشترى بها جارية قيمتها ألفان فهلكت الألفان قبل أن ينقدها البائع فإنه يرجع على رب المال بألف وخمسمائة ويقرم المضارب من ماله خمسمائة وهي حصته من الربح فيكون ربع الجارية للمضارب خاصه وثلاثة أرباعها على المضاربة ورأس المال في هذه الثلاثة الأرباع الخمسمائة وإنما كان كذلك لأنه لما اشترى الجارية بألفين فقد اشتراها بأرباع بعالم المضارب وثلاثة أرباعها لرب المال لأنه اشتراها بعدما ظهر ملك المضارب في الربح لأنه اشتراها بألفين ورأس المال ألف فخصه رب المال من الربح خمسمائة وحصته المضارب خمسمائة فما اشتراه لرب المال رجع عليه وما اشتراه لنفسه فضا منه عليه وإنما خرج ربع الجارية من المضاربة لأن القاضي لما ألزمه ضمان حصته من الربح فقد عينه ولا يتعين إلا بالقيمة فخرج الربح من المضاربة وبقي الباقي على ما كان عليه وقد لزم رب المال ألف وخمسمائة بسبب المضاربة فصارت زيادة في رأس المال فصار رأس المال ألفين وخمسمائة فإن بيعت هذه الجارية بربعة آلاف منها للمضارب ألف لأن ذلك حصته من الربح فكان ملكه وبقي ثلاثة آلاف على المضاربة لرب المال منها ألفان وخمسمائة رأس ماله يبقى ربع خمسمائة

فيكون بينهما نصفين على الشرط ولو كانت الجارية تساوى ألفين والشرء بألف وهي مال المضارب بفضاعة غرمها رب المال كلها لان الشراء اذا وقع بألف فقد وقع ثمن كله رأس المال وانما يظهر الربح في الثاني فيكون الضمان على رب المال بخلاف الفصل الاول فان هناك الشراء وقع بالدين فظهر ربح المضارب وهلك ربح الجارية فيغرم حصته ذلك الربع من الثمن وروى عن محمد في المضارب اذا اشترى جارية بالدين درهم الف ربح وقيمتها ألف فضاعة الا لقان قبل ان ينقدها البائع أنه على ان على المضارب الربح وهو خمسمائة وعلى رب المال ألف وخمسمائة وهذا على ما بينا قال محمد ولو اشترى جارية تساوى ألفين بامه تساوى ألفاً وقبض التي اشتراها ولم يدفع امته حتى ماتت جميعاً في يده فانه يغرم قيمة التي اشترى وهي ألف يرجع بذلك على رب المال لان المضمون عليه قيمة الجارية التي اشتراها ولا فضل في ذلك عن رأس المال وهذا انما يجوز وهو ان يشتري المضارب جارية بقيمتها ألف بالدين اذا كان رب المال قال له اشتر بالقليل والكثير والافشراء المضارب على هذا الوجه لا يصح في قولهم جميعاً وذكر ابن سماعه عن محمد في موضع آخر في نوادره في رجل دفع الى رجل ألف درهم مضارب بفضاعة بالنصف فاشترى المضارب وباع حتى صار المال ثلاثة آلاف فاشترى بثلاثة آلاف ثلاثة اعبس قيمة كل واحد ألف ولم ينقد المال حتى ضاع قال يغرم ذلك كله على رب المال ويكون رأس المال أربعة آلاف لان المضارب لم يتعين له ملك في واحد من العبيد لان كل واحد منهم يجوز ان يكون رأس المال لهذا لا ينفذ عتقه فيهم فيرجع بجميع ثمنهم وقد علل محمد لهذا فقال من قبل ان المضارب لم يكن يجوز عتقه في شيء من العبيد وهذا يخالف ما ذكره الكرخي فانه قال ان محمداً يعتبر المضمون على المضارب الذي يغرمه دون ما وجب عليه من الثمن ومعنى هذا الكلام ان المضارب اذا قبض ولم ينقد الثمن حتى هلك كان المعترى ما يجب عليه ضمانه فان كان ما يضمنه زائداً على رأس المال كان على المضارب حصته ذلك والا فلا وهذا بخلاف الاول لانا اذا اعتبرنا الضمان فقد ضمن أكثر من رأس المال فاما ان يجعل عن محمد روايتان أو يكون الشرط فيما صار مضموناً على المضارب ان يتعين حقه فيه وهنا وان ضمن فانه لم يتعين حقه فيه وأما تعليله بعدم نقاذ العتق فلا يطرد لانه لو اشترى بالدين جارية تساوى ألفاً يضمن وان لم ينقد عتقه فيه الا ان يكون جعل نقوذ العتق في الجارية المشتراة بالدين وقيمتها ألفان عليه لوجوب الضمان عليه فانه لا ينفذ عتقه فيه يكون عكس العلة فلا يلزمه طرده في جميع المواضع وقال محمداً اذا اشترى المضارب عبداً بألف درهم وهي مال المضارب بفضاعة ففقد المال فقال رب المال اشترته على المضارب بفضاعة ثم ضاع المال وقال المضارب اشترته بعد ما ضاع وانا أرى ان المال عندي فاذا قد ضاع قبل ذلك فالقول قول المضارب لان الاصل في كل من يشتري شيئاً أنه يعتبر مشترياً لنفسه ولان الحال يشهد به أيضاً وهو هلاك المال فكان الظاهر شاهداً للمضارب فكان القول قوله وذكر محمد في المضارب بفضاعة الكبر اذا اختلفا وقال رب المال ضاع قبل ان تشتري الجارية وانما اشتريتها لنفسك وقال المضارب ضاع المال بعدما اشتريتها وانا أريد ان آخذك بالثمن ولا أعلم متى ضاع فالقول قول رب المال مع يمينه وعلى المضارب البينة انه اشترى والمال عنده انما ضاع بعد الشراء لان رب المال ينفي الضمان عن نفسه والمضارب يدعي عليه الضمان ليرجع عليه بالثمن لانه يدعي وقوع العقد له ورب المال ينكر ذلك فكان القول قوله ولان الحال وهو ان لا يشهد له رب المال فان أقام البينة فالبينة بينة المضارب لانها تثبت الضمان فكانت أولى واذا اتهم سخط المضارب بفضاعة والمضارب بفضاعة ديون على الناس وامتنع عن التقاضي والقبض فان كان في المال ربح أجبر على التقاضي والقبض وان لم يكن فيه ربح لم يجبر عليهما وقيل له أحل رب المال بالمال على الغرماء لانه اذا كان هناك ربح كان له فيه نصيب فيكون عمله عمل الاجير والاجير مجبور على العمل فيما ائتم وان لم يكن هناك ربح لم تسلم له منفعة فكان عمله عمل الوكيل كلاء فلا يجبر على اتمام العمل كما لا يجبر الوكيل على قبض الثمن غير انه يؤمر بالمضارب أو الوكيل ان يحيل رب المال على الذي عليه الدين حتى يمكنه قبضه لان حقوق العقد راجعة الى العاقد فلا تثبت ولاية القبض للأمر بالحوالة من العاقد فيلزمه ان يحيله بالمال حتى لا يتولى حقه ولو ضمن العاقد

لرب المال هذا الدين الذي عليه لم يحز ضمانه لان العاقد قد جعله أميناً فلا يملك ان يجعل نفسه ضميناً فيما جعله العاقد أميناً ولو مات المضارب ولم يوجد مال المضاربة فيما خلف فانه يعود ديناً فيما خلف المضارب وكذا المودع والمستعير والمستبضع وكل من كان المال في يده امانة اذ امانت قبل البيان ولا تعرف الامانة بعينها فانه يكون عليه ديناً في تركته لانه صار بالتجهيل مستهلكاً للوديعة ولا تصدق ورثته على الهلاك والتسليم الى رب المال ولو عين الميت المال في حال حياته أو علم ذلك يكون ذلك امانة في يد وصيه أو في يد وارثه كما كان في يده ويصدقون على الهلاك والدفع الى صاحبه كما يصدق الميت في حال حياته والله عز وجل أعلم

~~~~~

### كتاب الهبة

الكلام في هذا الكتاب في الاصل في ثلاثة مواضع في بيان ركن الهبة وفي بيان شرائط الركن وفي بيان حكم الهبة أما ركن الهبة فهو الايجاب من الواهب فاما القبول من الموهوب له فليس ركن استحساناً والقياس ان يكون ركناً وهو قول زفر وفي قول قال القبض أيضاً ركن وفائدة هذا الاختلاف تظهر فيمن حلف لا يهب هذا الشيء لفلان فوهبه منه فلم يقبل انه يحنث استحساناً وعند زفر لا يحنث مالم يقبل وفي قول مالم يقبل ويقبض وأجمعوا على انه اذا حلف لا يبيع هذا الشيء لفلان فباعه فلم يقبل انه لا يحنث وعلى هذا الخلاف اذا قال رجل لا آخذ من فلان شيئاً منك فلم يقبل فقال المقر له لا بل قبلت فالقول قول المقر عندنا وعند المقر له قول المقر له وأجمعوا على انه لو قال بعث هذا الشيء منك فلم يقبل فقال المقر له لا بل قبلت ان القول قول المقر له (وجه) القياس ان الهبة تصرف شرعياً والتصرف الشرعي وجوده شرعاً باعتباره وهو انعقاده في حق الحكم والحكم لا يثبت بنفس الايجاب فلا يكون نفس الايجاب هبة شرعاً هذا يمكن الايجاب بدون القبول تبعاً كذا هذا (وجه) الاستحسان ان الهبة في اللغة عبارة عن مجرد ايجاب المالك من غير شريطة القبول وانما القبول والقبض لثبوت حكمها لوجودها في نفسها فاذا أوجب فقد أتى بالهبة فترتب عليها الاحكام والدليل على ان وقوع التصرف هبة لا يتوقف على القبول ما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال لا تجوز الهبة الا مقبوضة محوزة أطلق اسم الهبة بدون القبض والحيازة وروى ان الصمعي بن جثامة أهدى الى النبي عليه الصلاة والسلام حمار وحش وهو بالابواء وفي رواية بودان فرده النبي عليه الصلاة والسلام وقال لولا انا حرام والاقبلنا فقد أطلق الراوي اسم الاهداء بدون القبول والاهداء من الفاظ الهبة وروى ان سيدنا أبا بكر الصديق رضي الله عنه دعى سيدتنا عائشة رضي الله عنها في مرض موته فقال لها اني كنت نخلت لك جراداً عشرين وسقاً من مالي بالعالية وانك لم تكوني قبضتيه ولا حرزتيه وانما هو اليوم مال الوارث أطلق الصديق رضي الله عنه اسم النخل بدون القبض والنخل من الفاظ الهبة فثبت ان الهبة في اللغة عبارة عن نفس ايجاب المالك والاصل ان معنى التصرف الشرعي هو ما دل عليه اللفظ لغة بخلاف البيع فانه اسم الايجاب مع القبول فلا يطلق اسم البيع لغة وشرعية على أحد هما دون الآخر فم يوجد الا يتسم التصرف بسمة البيع ولان المقصود من الهبة هو اكتساب المدح والثناء باظهار الجود والسخاء وهذا يحصل بدون القبول بخلاف البيع وكذا الغرض من الحلف هو منع النفس عن مباشرة المحلوف عليه وذلك هو الايجاب لانه فعل الواهب فيقدر على منع نفسه عنه (فأما) القبول والقبض ففعل الموهوب له فلا يكون مقدور الواهب والملك محكوم شرعياً ثبت جبراً من الله تعالى شاء العبد أو أبى فلا يتصور منع النفس عنه أيضاً بخلاف البيع فانه وان منع نفسه عن فعله وهو الايجاب الا أن الايجاب هناك لا يصير تبعاً بدون القبول فشرط القبول ليصير تبعاً فلا يوجب هو أن يقول الواهب وهبت هذا الشيء لك أو ملكته منك أو جعلته لك أو هولك أو أعطيته أو نخلته أو أهديته إليك أو أطعمتك هذا الطعام أو حملتك على هذه الدابة ونوى به الهبة (أما) قوله وهبت لك فصرح في الباب وقوله ملكتك يجرى مجرى الصريح أيضاً لان تملك العين للمالك من

غير عوض هو تفسير الهبة وكذا قوله جملة هذا الشيء لك وقوله ههنا لان اللام المضاف الى من هو اهل الملك  
 للتملك فكان تملك العين في الحال من غير عوض وهو معنى الهبة وكذا قوله أعطيتك لان العطية المضافة الى العين  
 في عرف الناس هو تملكها للحال من غير عوض وهذا معنى الهبة وكذا يستعمل الاعطاء استعمال الهبة يقال أعطاك  
 الله كذا وهبك بمعنى والنحلة هي العطية يقال فلان نحل ولده نحل أي أعطاه عطية والهبة بمعنى العطية وقوله أطعمتك  
 هذا الطعام في معنى أعطيتك وقوله حملتك على هذه الدابة فانه يحتمل الهبة ويحتمل العارية فانه روى أن سيدنا عمر بن  
 الخطاب رضي الله عنهما حمل رجلا على دابة ثم رآها تباع في السوق فأراد أن يشتريها فسأل رسول الله صلى الله عليه  
 وسلم عن ذلك فقال صلى الله عليه وسلم لا ترجع في صدقتك فاحتمل تملك العين واحتمل تملك المنافع فلا بد من النية  
 للتعين ولو قال منحتك هذا الشيء أو قال هذا الشيء لك منحة فهذا لا يخلو اما أن يكون ذلك الشيء مما يمكن الانتفاع  
 به من غير استهلاكه واما أن يكون مما لا يمكن الانتفاع به الا باستهلاكه فان كان مما يمكن الانتفاع به من غير استهلاكه  
 كالدار والثوب والدابة والارض بان قال هذه الدار لك منحة أو هذا الثوب أو هذه الدابة أو هذه الارض فهو عارية  
 لان المنحة في الاصل عبارة عن هبة المنفعة أو ماله حكم المنفعة وقد أضيف الى ما يمكن الانتفاع به من غير استهلاكه  
 من السكنى واللبس والركوب والزراعة لان منفعة الارض زراعتها فكان هذا تملك المنفعة من غير عوض وهو تفسير  
 العارية وكذا اذا قال لارض بيضاء هذه الارض لك طعمة كان عارية لان عين الارض مما لا يطعم وانما يطعم  
 ما يخرج منها فكان طعمة الارض زراعتها فكان ذلك حينئذ عارية ولصاحبها أن يأخذها اذا لم يكن فيها زرع وان كان  
 فيها زرع فالقياس أن يكون له ولاية القلع كالبناء والغرس وفي الاستحسان يترك الى وقت الحصاد باجر المثل  
 وسند كروجهيها في كتاب العارية ولو منحه شاة حلوا بأو ناقة حلوا بأو بقرة حلوا بأو وقال هذه الشاة لك منحة أو هذه  
 الناقة أو هذه البقرة كان عارية وجاز له الانتفاع بلبنها لان اللبن وان كان عينا حقيقة فهو معدود من المنافع عرفا وعادة  
 فأعطى له حكم المنفعة كأنه أباح له شرب اللبن فيجوز له الانتفاع بلبنها وكذلك لو منحه جديا أو عنقا كان له عارية  
 لان الجدي يمرض أن يصير فخلا والعناق حلوا بان عني بالمنحة الهبة في هذه المواضع على فهو ما عني لانه نوى  
 ما يحتمله لفظه وفيه تشديد على نفسه وان كان مما لا يمكن الانتفاع به الا بالاستهلاك كالما كول والمشروب والدرهم  
 والدنانير بأن قال هذا الطعام لك منحة أو هذا اللبن أو هذه الدراهم والدنانير كان هبة لان المنحة المضافة الى ما لا يمكن  
 الانتفاع به الا بالاستهلاك لا يمكن حملها على هبة المنفعة فيحمل على هبة العين وهي تملكها وتملك العين للحال من غير  
 عوض هو تغيير الهبة هذا اذا كان الايجاب مطلقا عن القرينة فأما اذا كان مقرونا بقرينة فالقرينة لا تخلص (اما) ان  
 كان وقتا (واما) ان كان شرطا (واما) ان كان منفعة فان كان وقتا بأن قال أعمرت هذه الدار أو صرح فقال  
 جعلت هذه الدار لك عمري أو قال جعلتها لك عمرك أو قال هي لك عمرك أو حياتك فاذا مات أنت فهي رد على أو قال  
 جعلتها لك عمري أو حياتي فاذا مات أنا فهي رد على ورثتي فهذا كله هبة وهي للمعمر له في حياته ولو ورثته بعد وفاته  
 والتوقيت باطل والاصل فيه ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال أمسكوا عليكم أموالكم لا تعمروها  
 فان من أعمر شيئا فانه لمن أعمره وروى جابر بن عبد الله أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أيما رجل أعمر عمري  
 له ولعقبه فانها للذي يعطاها لا يرجع الى الذي أعطاها لانه أعطى عطاء وقعت فيه الموارث وعن جابر قال قال رسول  
 الله صلى الله عليه وسلم من أعمر عمري حياته فهي له ولعقبه يرثها من يرثه بعده فدللت هذه النصوص على جواز الهبة  
 وبطلان التوقيت لان قوله جعلت هذه الدار لك أو هي لك تملك العين للحال مطلقا ثم قوله عمري توقيت التملك وانه  
 تغيير يقتضي العقد وكذا تملك الاعيان لا يحتمل التوقيت نصا كالبيع فكان التوقيت تصرفا مخالفا لمقتضى العقد  
 والشرع فبطل وبقي العقد صحيحا وان كانت القرينة شرطا نظر الى الشرط المقرون فان كان مما يمنع وقوع التصرف  
 تملك للحال يمنع صحة الهبة والا فيبطل الشرط وتصح الهبة وعلى هذا يخرج ما اذا قال أرقبتك هذه الدار أو صرح فقال

جعلت هذه الدار لك رقبى أو قال هذه الدار لك رقبى ودفعها إليه فى عارية فى يده أنه يأخذها منه متى شاء وهذا قول أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف هذا هبة وقوله رقبى باطل احتج بما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أجاز العمرى والرقبى ولأن قوله دارى لك تملك العين لا تملك المنفعة ولما قال رقبى فقد علقه بالشرط وأنه لا يحتمل التعليق فبطل الشرط وبقي العقد صحيحا ولهذا الوقال دارى لك عمرى أنه تصح الهبة ويبطل شرط العمر كذا هذا واحتج بما روى الشعبي عن شريح أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أجاز العمرى وأبطل الرقبى ومثلهما لا يكذب ولأن قوله دارى لك رقبى تعليق التملك بالخطر لأن معنى الرقبى أنه يقول ان مت أنا قبلك فى لك وان مت أنت قبلى فى لى سمي الرقبى من الرقوب والارتقاب والترقب وهو الانتظار لأن كل واحد منهما ينتظر موت صاحبه قبل موته وذلك غير معلوم فكانت الرقبى تعليق التملك بأمر له خطر الوجود والعدم والتملكات مما لا تحتل التعليق بالخطر فلم تصح هبة وصحت عارية لأنه دفع إليه وأطلق له الانتفاع به وهذا معنى العارية وهذا بخلاف العمرى لأن هناك وقع التصرف بملك الحال فهو بقوله عمرى وقت التملك أنه لا يحتمل التوقيت فبطل وبقي العقد على الصحة ولا حجة له فى الحديث لأن الرقبى تحتمل أن تكون من المراقبة وهى الانتظار ويحتمل أن تكون من الارقاب وهى هبة الرقبة فان لم يدها الا اول كان حجة له وان أريدها الثانى لا يكون حجة لأن ذلك جائز فلا يكون حجة مع الاحتمال أو يحل على الثانى توفيقا بين الحديثين صيانة لكلام من يستحيل عليه التناقض عنه وبهذا تبين أن لا اختلاف بينهم فى الحقيقة ان كان الرقبى والارقاب مستعملان فى اللغة فى هبة الرقبة وينبى أن ينبى أن عني به هبة الرقبة يجوز بلا خلاف وان عني به مراقبة الموت لا يجوز بلا خلاف ولو قال لرجلين دارى لا طول كما حياة فهو باطل لأنه لا يدري أيهما أطول حياة فكان هذا تعليق التملك بالخطر فبطل ولو قال دارى لك حبس فهدا عارية عند أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف هبة وقوله حبس باطل بمنزلة الرقبى (وجه) قوله أن قوله دارى لك تملك وقوله حبس نفي الملك فلم يصح النفي وبقي التملك على حاله (وجه) قولهما أن قوله حبس خرج تفسير القول لك فصار كأنه ابتداء بالحبس فقال دارى حبس لك ولو قال ذلك كان عارية بالاجماع كذا هذا ولو قال دارى رقبى لك كان عارية بالاجماع ذكره القاضى فى شرحه مختصر الطحاوى ولو وهب جارية على أن يبيعها أو على أن يتخذها أم ولد أو على أن يبيعها لفلان أو على أن يردها عليه بعد شهر جازت الهبة وبطل الشرط لأن هذه الشروط مما لم يمنع وقوع التصرف بملك الحال وهى شروط تخالف مقتضى العقد فتبطل وبقي العقد على الصحة بخلاف شروط الرقبى على ما بينا وبخلاف البيع فإنه تبطل هذه الشروط لأن القياس أن لا يكون قران الشرط الفاسد لعقد ما مفسر له لأن ذكره فى العقد لم يصح فيلحق بالعدم وبقي العقد صحيحا إلا أن الفساد فى البيع للنهي الوارد فيه ولا نهى فى الهبة فيبقى الحكم فيه على الاصل ولأن دلائل شرعية الهبة عامة مطلقة من نحو قوله تعالى فان طبن لكم عن شئ منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا وهذا مجرى مجرى التبرع فى أكل المهر وقوله عليه الصلاة والسلام تهادوا تحابوا وهذا ندب الى التهادى والهبة هبة وروى عن الصادق رضى الله عنه انه قال لسيدتنا عائشة رضى الله عنها انى كنت نخلت كذا وكذا وعن سيدنا عمر رضى الله عنه انه قال من وهب هبة لصلة رحم أو على وجه صدقة فإنه لا يرجع فيها ومن وهب هبة يرى أنه أراد بها الثواب فهو على هبته يرجع فيها ان لم يرض عنها ونحوه من الدلائل المتضمنة لشرعية الهبة من غير فصل بين ما قرن بها شرط فاسد أو لم يقرن وعلى هذا يخرج ما اذا وهب جارية واستثنى ما فى بطنها أو وهب حيوانا واستثنى ما فى بطنه أن الهبة جائزة فى الاموال والولد جميعا والاستثناء باطل والكل للموهوب له وجملة الكلام فى العقود التى فيها استثناء الحمل انها أقسام ثلاثة قسم منها يبطل والاستثناء جميعا وقسم منها يصح ويبطل الاستثناء وقسم منها يصح ويصح الاستثناء (أما) الاول فهو البيع والاجارة والكتابة والرهن لأن الاستثناء ما فى البطن بمنزلة شرط فاسد وهذه العقود تبطل بالشرط الفاسد (وأما) القسم الثانى فالهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد لأن هذه العقود

لا تبطل بالشروط الفاسدة فيصح العقد ويبطل الاستثناء ويدخل الام والولد جميعا في العقد لان الشرط الفاسد وهو الاستثناء فيها اذا لم يصح التحقق بالعدم فصار كأنه لم يستثن وكذا العتق جارية واستثنى ما في بطنها انه يصبح العتق ولا يصح الاستثناء حتى يعتق الام والولد جميعا لما قلنا (وأما) القسم الثالث فالوصية بان أوصى لرجل بجارية واستثنى ما في بطنها لانه لم يجعل الجارية وصية له واستثنى ما في بطنها فقد أبقى ما في بطنها ميراثا لورثته والميراث يجري فيما في البطن وهذا بخلاف ما اذا أوصى بجارية لرجل واستثنى خدمتها وغلته لورثته انه تصح الوصية ويبطل الاستثناء لان الغلة والخدمة لا يجري فيهما الميراث بانفرادهما بدون الاصل ألا ترى انه لو أوصى بخدمتها وغلته لانسان ومات الموصى ثم مات الموصى له بعد القبول لا تصير الغلة والخدمة ميراثا لورثة الموصى له بل تعود الى ورثة الموصى وبمثله لو أوصى بما في بطن جاريته لانسان والمسئلة بحالها فان الولد يصير ميراثا لورثة الموصى له وما افرقا الا لما ذكرنا والله عز وجل أعلم وان كانت القرينة منفعة بان قال داري لك سكنى أو عمرى سكنى أو صدقة سكنى أو هبة سكنى أو سكنى هبة أو هبة عمرى عارية ودفعها اليه فهذا كله عارية لانه لما ذكر السكنى في قوله داري لك سكنى أو عمرى سكنى أو صدقة سكنى دل على انه أراد تملك المنافع لان قوله هذا كذا ظاهره وان كان لتملك العين لكنه يحتمل تملك المنفعة لان الاضافة الى المستعير والمستأجر منفعة عرفا وشرعا وقوله سكنى موضوع للمنفعة لا تستعمل الا لها فكان محكما فجعل تفسير للمحتمل وبيانا انه أراد به تملك المنفعة وتملك المنفعة بغير عوض هو تفسير العارية وكذا قوله سكنى بعد ذكر الهبة يكون تفسير الهبة لان قوله هبة محتمل هبة العين ويحتمل هبة المنافع فاذا قال سكنى فقد عين هبة المنافع فكان بيانا المراد المتكلم انه أراد هبة المنافع وهبة المنفعة تملكها من غير عوض وهو معنى العارية واذا قال سكنى هبة فعناها أن سكنى الدار هبة لك فكان هبة المنفعة وهو تفسير العارية ولو قال هي لك عمرى تسكنها أو هبة تسكنها أو صدقة تسكنها ودفعها اليه فهو هبة لانه ما فسر الهبة بالسكنى لانه لم يجعله نعتا فيكون بيانا للمحتمل بل وهب الدار منه ثم شاوره فيما يعمل بملكه والمشورة في ملك الغير باطلة فتعلقت الهبة بالعين وقوله تسكنها بمنزلة قوله لتسكنها كما اذا قال وهبتها لك لتؤجرها ولو قال هي لك تسكنها كانت هبة أيضا لان الاضافة بحرف اللام الى من هو أهل الملك للتمليك وقوله تسكنها مشورة على ما بينا

﴿فصل﴾ وأما الشرائط فانواع بعضها يرجع الى نفس الركن وبعضها يرجع الى الواهب وبعضها يرجع الى الموهوب وبعضها يرجع الى الموهوب له (أما) الاول فهو أن لا يكون معلقا بماله خطر الوجود والعدم من دخول زيد وقدم خالد والرقبي ونحو ذلك ولا مضى الى وقت بأن يقول وهبت هذا الشيء منك غدا أو رأس شهر كذا لان الهبة تملك العين للحال وانه لا يحتمل التعليق بالخطر والاضافة الى الوقت كالبيع (وأما) ما يرجع الى الواهب فهو ان يكون ممن يملك التبرع لان الهبة تبرع فلا يملكها ممن لا يملك التبرع فلا يجوز هبة الصبي والمجنون لانهما لا يملكان التبرع لكونه ضرا محض لا يقابل به نفع دنيوى فلا يملكها الصبي والمجنون كالطلاق والعتاق وكذا الاب لا يملك هبة مال الصغير من غير شرط العوض بخلاف لان المتبرع بمال الصغير قرر بان ماله لا على وجه الاحسن ولانه لا يقابل به نفع دنيوى وقد قال الله تعالى عز شأنه ولا تقر بوا مال اليتيم الا بالتي هي أحسن ولانه اذا لم يقابل به عوض دنيوى كان التبرع ضرا محضا وترك الرحمة في حق الصغير فلا يدخل تحت ولاية الولي لقوله عليه الصلاة والسلام لا ضرر ولا اضرار في الاسلام وقوله عليه الصلاة والسلام من لا يرحم صغيرنا فليس منا ولهذا لم يملك طلاق امرأته واعتاق عبده وسائر التصرفات الضارة المحضة وان شرط الاب العوض لا يجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يجوز وعلى هذا هبة المكاتب والمأذون انه لا يجوز عندهما سواء كان بعوض أو بغير عوض وعنده يجوز بشرط العوض والاصل عندهما أن كل من لا يملك التبرع لا يملك الهبة لا بعوض ولا بغير عوض والاصل عنده أن كل من يملك البيع يملك الهبة بعوض (وجه) قول محمد أن الهبة تملك فاذا شرط فيها العوض كانت تملكها بعوض وهذا

تفسير البيع وإنما اختلفت العبارة ولا عبرة باختلافها بعد اتفاق المعنى كلفظ البيع مع لفظة التملك (ولهما) أن الهبة بشرط العوض تقع تبرعا ابتداء ثم تصير بيعا في الانتهاء بدليل أنها تنفد الملك قبل القبض ولو وقعت بيعا من حين وجودها لما توقف الملك فيه على القبض لأن البيع يفيد الملك بنفسه دل أنها وقعت تبرعا ابتداء وهؤلاء لا يملكون التبرع فلم تصبح الهبة حين وجودها فلا يتصور أن تصير بيعا بعد ذلك (وأما) ما يرجع إلى الموهوب فأنواع (منها) أن يكون موجودا وقت الهبة فلا تجوز هبة ما ليس بموجود وقت العقدان وهب ما يمر بخلة العام وما تند أغنامه السنة ونحو ذلك بخلاف الوصية والفرق أن الهبة تملك للحال وتمليك المعدوم محال والوصية تملك مضافا إلى ما بعد الموت والاضافة لا تمنع جوازها وكذلك لو وهب ما في بطن هذه الجارية أو ما في بطن هذه الشاة أو ما في ضرعها لا يجوز وأن سلطه على القبض عند الولادة والحلب لانه لا وجه لتصحيحه للحال لاحتمال الوجود والعدم لأن انتفاخ البطن قد يكون للحمل وقد يكون لداء في البطن وغيره وكذا انتفاخ الضرع قد يكون باللبن وقد يكون بغيره فكان له خطر الوجود والعدم ولا سبيل لتصحيحه بالاضافة إلى ما بعد زمان الحدوث لأن التملك بالهبة مما لا يحتمل الاضافة إلى الوقت فبطل ولهذا لا يجوز بيعه بخلاف ما اذا وهب الدين من غير من عليه الدين وسلطه على القبض انه يصح استحسانا لانه أمكن تصحيحه للحال لكون الموهوب موجودا مملوكا للحال مقدورا القبض بطريقه على ما سئذ كرهه الله تعالى وكذلك لو وهب زيدا في لبن أو ذهنا في سمس أو دقيقا في حنطة لا يجوز أن سلطه على قبضه عند حدوثه لانه معدوم للحال فلم يوجد محل حكم العقد للحال فلم ينقد ولا سبيل إلى الاضافة إلى وقت الحدوث فبطل أصلا بخلاف ما اذا وهب صوفا على ظهر الغنم وجزه وسلمه انه يجوز لأن الموهوب موجود مملوك للحال لأنه لم ينفذ للحال لما منع وهو كون الموهوب مشغولا بما ليس بموهوب فاذا جزه فقد زال المانع لزوال الشغل فينفذ عند وجود القبض كما لو وهب شقة صامعا ثم قسمه وسلمه (ومنها) أن يكون مالا متقوما فلا تجوز هبة ما ليس بمال أصلا كالحر والميتة والدم وصيد الحرم والأحرام والخنزير وغير ذلك على ما ذكرنا في البيوع ولا هبة ما ليس بمال مطلق كأم الولد والمدبر المطلق والمكاتب لكونهم أحرار من وجه ولهذا لا يجوز بيع هؤلاء ولا هبة ما ليس بمقوم كالخمر ولهذا لا يجوز بيعها (ومنها) أن يكون مملوكا في نفسه فلا تجوز هبة المباحات لأن الهبة تملك وتمليك ما ليس بمملوك محال (ومنها) أن يكون مملوكا للواهب فلا تجوز هبة مال الغير بغير إذنه لاستحالة تملك ما ليس بمملوك وإن شئت رددت هذا الشرط إلى الواهب وكل ذلك صحيح لأن المالك والمملوك من الأسماء الإضافية والعلاقة التي تدور عليها الاضافة هي الملك فيجوز رد هذا الشرط إلى الموهوب ويجوز رده إلى الواهب في صناعة الترتيب فافهم وسواء كان المملوك عينا أو دينا فتجوز هبة الدين لمن عليه الدين قياسا واستحسانا (وأما) هبة الدين لغير من عليه الدين فجاز أيضا إذا أذن له بالقبض وقبضه استحسانا والقياس أن لا يجوز أن أذن له بالقبض (وجه) القياس أن القبض شرط جواز الهبة وما في الذمة لا يحتمل القبض بخلاف ما اذا وهب لمن عليه لأن الدين في ذمته وذمته في قبضه فكان الدين في قبضه بواسطة قبض الذمة (وجه) الاستحسان أن ما في الذمة مقدور التسليم والقبض ألا ترى أن المديون يجبرون على تسليمه ألا أن قبضه قبض العين فإذا قبض العين قام قبضها مقام قبض عين ما في الذمة لأنه لا بد من الأذن بالقبض صريحا ولا يكتفى فيه بالقبض بحضرة الواهب بخلاف هبة العين لما ذكره في موضعه (ومنها) أن يكون محوزا فلا تجوز هبة المشاع فيما يقسم وتجوز فيما لا يقسم كالعبد والحمام والدن ونحوها وهذا عندنا وعند الشافعي رحمه الله ليس بشرط وتجوز هبة المشاع فيما يقسم وفيما لا يقسم عنده واحتج بظاهر قوله عز وجل فنصف ما فرضتم لأن يعفون أو جب سبحانه وتعالى نصف المفروض في الطلاق قبل الدخول إلا أن يوجد الخط من الزوجات عن النصف من غير فصل بين العين والدين والمشاع والمقسوم فيبدل على جواز هبة المشاع في الجملة وما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه لما شدد في الغلول في الغنمية في بعض الغزوات فقام عليه الصلاة والسلام إلى تسامعير وأخذ منه

وبرة ثم قال أما انى لا يحل لي من غنيمتكم ولو بمثل هذه البرة الا الخمس والخمس مردود فيكم ردوا الخيط  
والخيط فان الغلول عار وشنا على صاحبه الى يوم القيامة فحاء اعرابي بكبة من شعر فقال أخذتها لاصليح بها  
بردة بعيرى يارسول الله فقال أما نصيبى فهو لك وسأسلمك الباقي وهذا هبة المشاع فيما يقسم وروى أن  
رسول الله صلى الله عليه وسلم نزل على أبى أيوب الانصارى رضى الله عنه فنظر الى موضع المسجد فوجده بين  
أسعد بن زرارة وبين رجلين من قومه فاستباح أسعد نصيبهما اليهب الكل من رسول الله صلى الله عليه وسلم فأبى  
ذلك فوهب أسعد نصيبه من النبي عليه الصلاة والسلام فوهباً أيضاً نصيبهما من رسول الله صلى الله عليه وسلم  
فقد قبل النبي عليه الصلاة والسلام الهبة في نصيب أسعد وقبل في نصيب الرجلين أيضاً ولو لم يكن جائزاً لما قبل لان  
أدنى حال فعل النبي عليه الصلاة والسلام الجواز ولان الشيعاء لا يمنع حكم هذا التصرف ولا شرطه لان حكم الهبة الملك  
والشيعاء لا يمنع الملك الا ترى انه يجوز بيع المشاع وكذا هبة المشاع فيما لا يقسم وشرطه هو القبض والشيعاء لا يمنع  
القبض لانه يحصل قابضاً للنصف المشاع بتخلية الكل ولهذا جازت هبة المشاع فيما لا يقسم وان كان القبض فيها  
شرطاً لثبوت الملك كذا هذا (ولنا) اجماع الصحابة رضى الله عنهم فانه روى ان سيدنا أبابكر رضى الله عنه قال  
في مرض موته لسيدتنا عائشة رضى الله عنها ان احب الناس الى غنى أنت وأعزهم على فقر أنت واني كنت نخلت لك  
جداً وعشرين وسقاً من مالى بالعالية وانك لم تكونى قبضتيه ولا جديتيه وانما هو اليوم مال الوارث اعتبر سيدنا الصديق  
رضي الله عنه القبض والقيمة في الهبة لثبوت الملك لان الحيازة في اللغة جمع الشيء المرفق في جزوهذا معنى القسمة لان  
الانصباء الشائعة قبل القسمة كانت متفرقة والقسمة تجمع كل نصيب في جز وروى عن سيدنا عمر رضى الله عنه  
قال ما بال أحدكم ينحل ولده نحللاً لا يجوزها ولا يقسمها ويقول ان مت فهو له وان مات رجعت الى وامي الله لا ينحل  
أحدكم ولده نحل لا يجوزها ولا يقسمها فيموت الاجلعتها ميراثاً لورثته والمراد من الحيازة القبض هنا لانه ذكرها  
بمقابلة القسمة حتى لا يؤدى الى التكرار اخرج الهبة من أن تكون موجبة للملك بدون القبض والقسمة وروى  
عن سيدنا علي رضى الله عنه أنه قال من وهب ثلث كذا أو ربع كذا لا يجوز ما لم يقاسم وكل ذلك بمحض من أصحاب  
رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم ينقل انه انكر عليهم منكر فيكون اجماعاً ولان القبض شرط جواز هذا العقد والشيعاء  
يمنع من القبض لان معنى القبض هو التمكن من التصرف في المقبوض والتصرف في النصف الشائع وحده لا يتصور  
فان سكنى نصف الدار شائعاً ولبس نصف الثوب شائعاً محال ولا يتمكن من التصرف فيه بالتصرف في الكل لان  
العقد لم يتناول الكل وهكذا نقول في المشاع الذي لا يقسم ان معنى القبض هناك لم يوجد لما قلنا الا ان هناك ضرورة  
لانه يحتاج الى هبة بعضه ولا حكم للهبة بدون القبض والشيعاء مانع من القبض الممكن للتصرف ولا سبيل الى ازالة  
المانع بالقسمة لعدم احتمال القسمة فست الضرورة الى الجواز واقامة صورة التخلية مقام القبض الممكن من التصرف  
ولا ضرورة هنا لان المحل محتمل للقسمة فيمكن ازالة المانع من القبض الممكن بالقسمة أو نقول الصحابة رضى الله  
عنهم شرطوا القبض المطلق والمطلق ينصرف الى الكامل وقبض المشاع قبض قاصر لوجوده من حيث الصورة  
دون المعنى على ما بينا الا انه اكتفى بالصورة في المشاع الذي لا يحتمل القسمة للضرورة التي ذكرنا ولا ضرورة هنا  
فلزم اعتبار الكمال في القبض ولا يوجد في المشاع ولان الهبة عقد تبرع فلو صححت في مشاع يحتمل القسمة لصار عقد  
ضمان لان الموهوب له يملك مطالبة الواهب بالقسمة فيلزمه ضمان القسمة فيؤدى الى تغيير المشروع ولهذا توقف  
الملك في الهبة على القبض لما أنه لو ملكه بنفس العقد ثبتت له ولاية المطالبة بالتسليم فيؤدى الى ايجاب الضمان في عقد  
التبرع وفيه تغيير المشروع كذا هذا بخلاف مشاع لا يحتمل القسمة لان هناك لا يتصور ايجاب الضمان على المتبرع  
لان الضمان ضمان القسمة والمحل لا يحتمل القسمة فهو الفرق (وأما) الآية فلا حجة له فيها لان المراد من المقرض  
الدين لا العين الا ترى أنه قال الا أن يعفون والعفو اسقاط واسقاط الاعيان لا يعقل وكذا الغالب في المهر أن يكون

دينا وهبة الدين بمن عليه الدين جائز لانه اسقاط الدين عنه وانه جائز في المشاع (وأما) حديث الكبة فيحتمل ان النبي عليه الصلاة والسلام وهب نصيبه منه واستوهب البقية من أصحاب الحقوق فهو واسلموا الكل جملة وفي الحديث ما يدل عليه فانه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم وأسألكم الباقي وما كان هو عليه الصلاة والسلام ليخلف في وعده وهبة المشاع على هذا السبيل جائزة عندنا على ان ذلك كان هبة مشاع لا ينقسم من حيث المعنى لان كبة واحدة لو قسمت على الجمل الغفير لا يصيب كلا منهم الا نزر حقير لا ينتفع به فكان في معنى مشاع لا ينقسم (وأما) حديث أسعد بن زرارة في كفاية حال يحتمل أنه وهب نصيبه وشرى بكا وهبا نصيبه ما منه وسلموا الكل جملة وهذا جائز عندنا ويحتمل ان الانصاء كانت متسومة مفروزة ويجوز ان يقال في مثل هذا بينهم اذا كانت الجملة متصلة بعضها ببعض كقرية بين جماعة انها تضاعف اليهم وان كانت أنصباؤهم متسومة واحتمل بخلافه فلا يكون حجة مع الاحتمال لان حكاية الحال لا عموم له ولو قسم ما وهب وأفرزه ثم سلمه الى الموهوب له جائز لان هبة المشاع عندنا منعقد موقوف نفاذه على القسمة والقبض بعد القسمة هو الصحيح اذ الشروع لا يمنع ركن العقد ولا حكمه وهو الملك ولا سائر الشرائط الا القبض الممكن من التصرف فاذا قسم وقبض فقد زال المانع من النفاذ فينفذ وحديث الصديق رضي الله عنه لا يدل عليه فانه قال لسيدتنا عائشة رضي الله عنها اني كنت نخلتك جدادا عشرين وسقا من مالي وكان ذلك هبة المشاع فيما ينقسم لان النخل من الفاظ الهبة ولو لم ينقسم لما فعله الصديق رضي الله عنه لانه ما كان ليعقد عقدا باطلا فدل قول الصديق رضي الله عنه على انعقاد العقد في نفسه وتوقف حكمه على القسمة والقبض وهو عين مذهبننا والله عز وجل أعلم وكذلك لو وهب نصف داره من رجل ولم يسلم اليه ثم وهب منه النصف الآخر وسلم اليه جملة جازما قلنا ولو وهب منه نصف الدار وسلم اليه بنحلية الكل ثم وهب منه النصف الآخر وسلم لم تجز الهبة لان كل واحد منهما هبة المشاع وهبة المشاع فيما ينقسم لا تنفذ الا بالقسمة والتسليم ويستوى فيه الجواب في هبة المشاع بين أن يكون من أجنبي أو من شريك كل ذلك يجوز لقول جماعة من الصحابة رضي الله عنهم لا يجوز الهبة الا مقبوضة محبوزة من غير فصل ولان المانع هو الشيعاء عند القبض وقد وجد وعلى هذا الخلاف صدقة المشاع فيما ينقسم أنه لا يجوز عندنا خلافا للشافعي رحمه الله (وجهه) قوله ان الشيعاء لا يمنع حكم التصرف وهو الملك ولا شرطه وهو القبض ولا يمنع جوازه كالمفروض (ولنا) ان القبض شرط جواز الصدقة ومعنى القبض لا يتحقق في الشائع أولا يتكامل فيه لما بينا في الهبة ولان التصديق تبرع كالهبة وتصحيحه في المشاع يصيرها عقد ضمان فيتغير المشرع على ما بينا في الهبة ولو وهب شيئا ينقسم من رجلين كالدار والدرهم والدنانير ونحوها وقبضها لم يجز عند أبي حنيفة وجاهل عند أبي يوسف ومحمد وأجمعوا على أنه لو وهب رجلا من واحد شيئا ينقسم وقبضه أنه يجوز فابو حنيفة يعتبر الشروع عند القبض وهما يعتبرانه عند العقد والقبض جميعا فلم يجوز أبو حنيفة هبة الواحد من اثنين لوجود الشيعاء وقت القبض وهما يجوزاهما لانه لم يوجد الشيعاء في الحالين بل وجد أحدهما دون الآخر وجوزوا هبة الاثنين من واحد (أما) أبو حنيفة رحمه الله فلم يعدم الشيعاء في وقت القبض (وأما) هما فلا نعدمه في الحالين لانه وجد عند العقد ولم يوجد عند القبض ومدار الخلاف بينهم على حرف وهو ان هبة الدار من رجلين تملك كل الدار جملة أو تملك من أحدهما والنصف من الآخر فعند أبي حنيفة تملك النصف من أحدهما والنصف من الآخر فيكون هبة المشاع فيما ينقسم كانه أفر دتملك كل نصف من كل واحد منهما بعقد على حدة وعندهما هي تملك الكل منهما لا تملك النصف من هذا والنصف من ذلك فلا يكون تملك الشائع فيجوز (وجهه) قولهما ان العمل بموجب الصيغة هو الاصل وذلك فيما قلنا لان قوله وهبت هذه الدار كلها هبة كل الدار جملة منهما لا هبة النصف من أحدهما والنصف من الآخر لان ذلك توزيع وقرين واللفظ لا يدل عليه ولا يجوز العدول عن موجب اللفظ لغير الضرورة الصحة وفي العدول عن ظاهر الصيغة ههنا فساد العقد بسبب الشيعاء فوجب العمل بظاهر الصيغة وهو تملك الكل منهما وموجب التملك

منها ثبوت الملك لهما في الكل وانما ثبت الملك لكل واحد منهما في النصف عند الانقسام ضرورة المزاومة واستواءهما في الاستحقاق اذ ليس كل واحد منهما أولى من الآخر لدخول كل واحد منهما في العقد على السواء كالأخوين في الميراث عند الاستواء في الدرجة ان الميراث يكون بينهما نصفين وان كان سبب الاستحقاق في حق كل واحد منهما على الكمال حتى لو انفرد أحدهما يستحق كل المال واذا جاءت المزاومة مع المساواة في الاستحقاق ثبتت عند انقسام الميراث في النصف وكذا الشفعان ثبت لكل واحد منهما أخذ نصف الدار بالشفعة لضرورة المزاومة والاستواء في الاستحقاق وان كان السبب في حق كل واحد منهما صالحاً لاثبات حق الشفعة في الكل حتى لو سلم أحدهما يكون الكل للآخر وعلى هذا مسائل فلم يكن الانقسام على التناصف موجب للصيغة بل لتضييق المحل لهذا جاز الرهن من رجلين فكان ذلك رهناً من كل واحد منهما على الكمال اذ لو كان رهن النصف من هذا والنصف من ذلك لما جازلانه يكون رهن المشاع لهذا الوقضى الراهن دين أحدهما كان للآخر حبس الكل دل ان ذلك رهن الكل من كل واحد منهما كذا هذا (وجه) قول أبي حنيفة رحمه الله ان هذا تملك مضاف الى الشائع فلا يجوز كما اذا ملك نصف الدار من أحدهما والنصف من الآخر بعقد على حدة والدليل على ان هذا تملك مضاف الى الشائع ان قوله وهبت هذه الدار منك اما أن يكون تملك كل الدار من كل واحد منهما واما أن يكون تملك النصف من أحدهما والنصف من الآخر لا سبيل الى الاول لان الدار الواحدة يستحيل أن تكون مملوكة لكل واحد منهما على الكمال والحال لا يكون موجب العقد فتعين الثاني وهو أن يكون تملك النصف من أحدهما والنصف من الآخر لهذا لم يملك كل واحد منهما التصرف في كل الدار بل في نصفها ولو كان كل الدار مملوك لكل واحد منهما الملك وكذا كل واحد منهما يملك مطالبه صاحبه بالتهاني أو بالتقسمة وهذا آية ثبوت الملك له في النصف واذا كان هذا تملك الدار لهما على التناصف كان تملكهما مضافاً الى الشائع كانه أفرد لكل واحد منهما العقد في النصف والشيوع يؤثر في القبض الممكن من التصرف على ما مر وقد خرج الجواب عن قولهما ان موجب الصيغة ثبوت الملك في كل الدار لكل واحد منهما على الكمال لما ذكرنا ان هذا محال والحال لا يكون موجب العقد ولا العاقد بعقده يقصد أمراً محالاً أيضاً فكان موجب العقد التملك منهما على التناصف لان هذا تملك الدار منهما فكان عملاً بموجب الصيغة من غير حالة فكان أولى بخلاف الرهن فان الدار الواحدة تصلح رهونة عند كل واحد منهما لان الرهن هو الحبس واجتماعهما على الحبس متصور بأن يحبساه معاً أو يضعاه جميعاً على يدى عدل فتكون الدار محبوسة كلها عند كل واحد منهما وهذا مما لا يمكن تحقيقه في الملك فهو الفرق وعند أبي حنيفة رحمه الله اذا وهب من رجلين فقسم ذلك وسلم الى كل واحد منهما جاز لان المانع هو الشيوع عند القبض وقد زال هذا اذا وهب من رجلين شيئاً مما يقسم فان كان مما لا يقسم جاز بالاجماع لما ذكرنا فانيا تقدم ثم على أصلهما اذا قال لرجلين وهبت لكاهذه الدار لهذا انصفها ولهذا انصفها جاز لان قوله لهذا انصفها ولهذا انصفها خرج تفسير الحكم الثابت بالعقد اذ لا يمكن جعله تفسيراً للنفس العقد لان العقد وقع تملك الدار جملة منهما على ما بينا فجعل تفسير الحكم فلا يوجب ذلك اشاعة في العقد ولو قال وهبت لك نصفها ولهذا انصفها لم يحز لان الشيوع دخل على نفس العقد فمنع الجواز ولو قال وهبت لكاهذه الدار ثلثها لهذا وثلثها لهذا لم يحز عند أبي يوسف وجاز عند محمد (وجه) قول محمد ان العقد متى جاز لاثنين يستوى فيه التساوى والتفاضل كعقد البيع (وجه) قول أبي يوسف ان الجواز عند التساوى بطريق التفسير للحكم الثابت بالعقد وذلك لا يوجب شيوعاً في العقد ولما فضل أحد النصيبين عن الآخر تعدد جعله تفسيراً لان مطلق العقد لا يحتمل التفاضل فكان تفضيل أحد النصيبين في معنى افراد العقد لكل واحد منهما فكان هبة المشاع والشيوع يؤثر في الهبة ولا يؤثر في البيع ولو رهن من رجلين لأحد هبة ثلثه وللآخر ثلثاه أو نصفه لهذا أو نصفه لذلك على التفاضل والتناصف لا يجوز بالاجماع بخلاف ما اذا أهبهم بان قال وهبت منكاً أنه يجوز ولو وهب من فقيرين شيئاً ينقسم فالهبة من فقيرين بمنزلة التصديق عليهما لان



الهبة من الفقير صدقة لانه يتغنى بها وجه الله تعالى وسند كرحمها ان شاء الله تعالى وعلى هذا يخرج هبة الشجر دون الثمر والتمر دون الشجر والارض دون الزرع والزرع دون الارض انها غير جائزة لان الموهوب متصل بما ليس بموهوب اتصال جزءه بجزء فكان كهبة المشاع ولو فضل وسلم جاز كما في هبة المشاع ولو تصدق بمشعة دراهم على رجلين فان كانا غنيين لم يجز عند أبي حنيفة ويجوز عندهما لان التصديق على الغنى ميتة في الحقيقة والهبة من اثنين لا تجوز وعندهما جائزة وان كانا فقيرين فعندهما تجوز كما تجوز في الهبة من رجلين وعن أبي حنيفة رحمه الله فيه روايتان في كتاب الهبة لا تجوز وفي الجامع الصغير يجوز (وجه) رواية كتاب الهبة ان الشياح كما يمنع جواز الهبة يمنع جواز الصدقة على ما ذكرنا فيما تقدم وهم هنا يتحقق الشيوع في القبض (وجه) رواية الجامع وهي الصحيحة ان معنى الشيوع في القبض لا يتحقق في الصدقة على فقيرين لان المتصدق يتقرب بالصدقة الى الله عز وجل ثم الفقير يقبض من الله تعالى قال الله تبارك وتعالى ألم يعلموا أن الله هو يقبل التوبة عن عباده ويأخذ الصدقات وقال عليه الصلاة والسلام الصدقة تمنع في يد الرحمن قبل أن تقع في يد الفقير والله تعالى واحد لا شريك له فلا يتحقق معنى الشيوع كما لو تصدق على فقير واحد ثم وكل قبضها وكيلين بخلاف التصديق على غنيين لان الصدقة على الغنى يتغنى بها وجه الغنى فكانت هدية لا صدقة قال عليه الصلاة والسلام الصدقة يتغنى بها وجه الله تعالى والدار الاخرة والهدية يتغنى بها وجه الرسول وقضاء الحاجة والهدية هبة فيتحقق معنى الشيوع في القبض وأنه مانع من الجواز عنده (ومنها) القبض وهو أن يكون الموهوب مقبوضاً وان شئت رددت هذا الشرط الى الموهوب له لان القبض والمقبوض من الاسماء الاضافية والعلاقة التي تدور عليها الاضافة من الجانبين هي القبض فيصح رده الى كل واحد منهما في صناعة الترتيب فتأمل والكلام في هذا الشرط في موضعين في بيان أصل القبض انه شرط أم لا وفي بيان شرائط صحة القبض (أما) الاول فقد اختلف فيه قال عامة العلماء شرط الموهوب قبل القبض على ملك الواهب يتصرف فيه كيف شاء وقال مالك رحمه الله ليس بشرط ويملكه الموهوب له من غير قبض (وجه) قوله ان هذا عقد تبرع بتملك العين فيفيد الملك قبل القبض كالوصية (ولنا) اجماع الصحابة رضي الله عنهم وهو ما روينا ان سيدنا أبا بكر وسيدنا عمر رضي الله عنهما اعتبر القسمة والقبض لجواز النحل بحضرة الصحابة ولم ينقل أنه أنكر عليهما منكر فيكون اجماعاً وروى عن سيدنا أبي بكر وسيدنا عمر وسيدنا عثمان وسيدنا علي وابن عباس رضي الله تعالى عنهم انهم قالوا لا تجوز الهبة الا مقبوضة محبوزة ولم يرد عن غيرهم خلافه ولا انها عقد تبرع فلو صحمت بدون القبض لثبت للموهوب له ولاية مطالبة الواهب بالتسليم فتصير عقد ضمان وهذا تغير المشرع بخلاف الوصية لانه ليس في ايجاب الملك فيها قبل القبض تغييرها عن موضعها اذ لا مطالبة قبل التبرع وهو الموصى لانه منبت وكذلك القبض شرط جواز الصدقة لا يملك قبل القبض عند عامة العلماء وقال ابن أبي ليلى وغيره من اهل الكوفة ليس بشرط وتجوز الصدقة اذا علمت وان لم تقبض ولا تجوز الهبة ولا النحل الا مقبوضة واحتجوا بما روى عن سيدنا عمر وسيدنا علي رضي الله عنهما قالوا اذا علمت الصدقة جازت من غير شرط القبض (ولنا) ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال خير أعت الله سبحانه وتعالى يا ابن آدم تقول مالي مالي وليس لك من مالي الا ما أكلت فافئنت اولبست فابليت أو تصدقت فابقيت اعتبر الله سبحانه وتعالى الامضاء في الصدقة والامضاء هو التسليم دل أنه شرط وروى عن سيدنا أبي بكر وسيدنا عمر وابن عباس ومعاذ بن جبل رضي الله عنهم انهم قالوا لا تتم الصدقة الا بالقبض ولان التصديق عقد تبرع فلا يفيد الحكم بنفسه كالهبة وما روى عن سيدنا عمر وسيدنا علي رضي الله عنهما محمول على صدقة الاب على ابنه الصغير وبه نقول لا حاجة هناك الى القبض حملناه على هذا توفيقاً بين الدلائل صيانة لها عن التناقض (والثاني) شرائط صحة القبض فانواع (منها) أن يكون القبض باذن المالك لان الاذن بالقبض شرط لصحة القبض في باب البيع حتى لو قبض المشتري من غير اذن البائع قبل نقد الثمن كان للبائع حق الاسترداد

فلأن يكون في الهبة أولى لأن البيع يصح بدون القبض والهبة لا تحة لها بدون القبض فلما كان الاذن بالقبض شرطاً للصحة فيما لا يتوقف صحته على القبض فلأن يكون شرطاً فيما يتوقف صحته على القبض أولى ولأن القبض في باب الهبة يشبه الركن وإن لم يكن ركناً على الحقيقة فيشبهه القبول في باب البيع ولا يجوز القبول من غير اذن البائع ورضاه فلا يجوز القبض من غير اذن الواهب أيضاً والاذن نوعان صريح ودلالة أما الصريح فنحو أن يقول أقبض أو أذن لك بالقبض أو رضيت وما يجري هذا الجرى فيجوز قبضه سواء قبضه بحضرة الواهب أو بغير حضرته استحساناً والقياس أن لا يجوز قبضة بعد الافتراق عن المجلس وهو قول زفر رحمه الله لأن القبض عنده ركن بمنزلة القبول على أحد قوليه فلا يصح بعد الافتراق عن المجلس كما لا يصح القبول عنده بعد الافتراق وإن كان باذن الواهب كالقبول في باب البيع (وجه) الاستحسان ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حمل اليه ست بدنان فجعلن يزدلقن اليه فقام عليه الصلاة والسلام فنحرن بيده الشريفة وقال من شاء فليقطع وانصرف فقد أذن لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم بالقبض بعد الافتراق حيث أذن لهم بالقطع فدل على جواز القبض واعتباره بعد الافتراق ولأن الاذن بقبض الواهب صريح بمنزلة اذن البائع بقبض المبيع وذلك يعمل بعد الافتراق كذا هذا (وأما) الدلالة فهي أن قبض الموهوب له العين في المجلس ولا ينهأ الواهب فيجوز قبضه استحساناً والقياس أن لا يجوز كما لا يجوز بعد الافتراق وهو قول زفر وقد ذكرنا القياس والاستحسان في الزيادات ولو قبض المشتري المبيع بيعاً جازاً بحضرة البائع قبل نقد الثمن لم يحجز قبضه قياساً واستحساناً حتى كان له أن يسترد في البيع الفاسد اختلاف روايتي الكرخي والطحاوي رحمهما الله ذكرناهما في البيوع (وجه) القياس أن القبض ركن في الهبة كالقبول فيها فلا يجوز من غير اذن كالقبول من باب البيع (وجه) الاستحسان أن الاذن بالقبض وجد من طريق الدلالة لأن الاقدام على إيجاب الهبة اذن بالقبض لأنه دليل قصد التمليك ولا ثبوت للملك الا بالقبض فكان الاقدام على الإيجاب اذناً بالقبض دلالة والثابت دلالة كالثابت نصاً بخلاف ما بعد الافتراق لأن الاقدام دلالة الاذن بالقبض في المجلس لا بعد الافتراق ولأن للقبض في باب الهبة شبهة بالركن فيشبهه القبول في باب البيع وإيجاب البيع يكون اذناً بالقبول في المجلس لا بعد الافتراق فكذلك إيجاب الهبة يكون اذناً بالقبض لا بعد الافتراق ولو وهب شيئاً متصلاً بغيره مما لا تقع عليه الهبة كالنمر المعلق على الشجر دون الشجر أو الشجر دون الأرض أو حلية السيف دون السيف أو القنز من الصبرة أو الصوف على ظهر الغنم وغير ذلك مما لا جواز للهبة فيه الا بالفصل والقبض ففصل وقبض فان قبض بغير اذن الواهب لم يحجز القبض سواء كان الفصل والقبض بحضرة الواهب أو بغير حضرته ولأن الجواز في المنفصل عند حضرة الواهب للاذن الثابت دلالة الإيجاب ولم يوجد ههنا لأن الإيجاب لم يقع محيياً حين وجوده فلا يصح الاستدلال على الاذن بالقبض وإن قبض باذنه يجوز استحساناً والقياس أن لا يجوز وهو قول زفر بناء على أن العقد اذا وقع فاسداً من حين وجوده لا يحتمل الجواز عنده بحال لاستحالة انقلاب الفاسد جائزاً وعندنا يحتمل الجواز باسقاط المفسد مقصوراً على الحال أو من حين وجود العقد بطريق البيان على اختلاف الطريقين اللذين ذكرناهما في كتاب البيع وكذلك اذا وهب ديناً له على إنسان لا آخرانه أن قبض الموهوب له باذن الواهب صريحاً جاز قبضه استحساناً والقياس أن لا يجوز وقد ذكرنا وجه القياس والاستحسان فيما تقدم وإن قبضه بحضرته ولم ينهه عن ذلك لا يجوز قياساً واستحساناً فرق بين العين والدين (وجه) الفرق أن الجواز في هبة العين عند عدم التصريح بالاذن لكون الإيجاب فيها دلالة الاذن بالقبض لكون دلالة قصده تمليك ما هو ملكه من الموهوب له وإيجاب الهبة في الدين لغير من عليه الدين لا تصح دلالة الاذن بقبضه لأن دلالة قصده التمليك وتمليك الدين من غير من عليه الدين لا يتحقق الا بالتصريح بالاذن بالقبض لأنه اذا أذن له بالقبض صريحاً قام قبضه مقام قبض الواهب فيصير قبض العين قابضاً للواهب أولاً ويصير المقبوض ملكاً له أولاً ثم يصير قابضاً لنفسه من الواهب فيصير الواهب على هذا التقدير الذي

ذكرنا واهب مالك نفسه والموهوب له قابضا ملك الواهب فصحت الهبة والقبض واذا لم يصرح بالأذن بالقبض بقي  
المقبوض من المال العين على ملك من عليه فلم تصح الهبة فيه فلا يجوز قبض الموهوب له فهو الفرق بين الفصلين ومنها أن  
لا يكون الموهوب مشغولا بما ليس بموهوب لأن معنى القبض وهو التمكن من التصرف في المقبوض لا يتحقق مع  
الشغل وعلى هذا يخرج ما اذا وهب دارا فيها متاع الواهب وسلم الدار اليه أو سلم الدار مع ما فيها من المتاع فانه لا يجوز  
لأن الفراغ شرط صحة التسليم والقبض ولم يوجد قليل الحيلة في صحة التسليم ان يودع الواهب المتاع عند الموهوب له  
أولا ويحلى بينه وبين المتاع ثم يسلم الدار اليه فتجوز الهبة فيها لأنها مشغولة بمتاع هو في يد الموهوب له وفي هذه الحيلة  
اشكال وهو أن يد المودع يد المودع معنى فكانت يده قائمة على المتاع فتمنع صحة التسليم ولو أخرج المتاع من الدار ثم  
سلم فارغا جاز وينظر الى حال القبض لا الى حال العقول لأن المانع من النفاذ قد زال فينفذ كما في هبة المشاع ولو وهب  
ما فيها من المتاع دون الدار وخلى بينه وبين المتاع جازت الهبة لأن المتاع لا يكون مشغولا بالدار والدار تكون مشغولة  
بالمتاع لهذا افتراق فيصح تسليم المتاع ولا يصح تسليم الدار ولو جمع في الهبة بين المتاع وبين الدار الذي فيها فوهبهما جميعا  
صفقة واحدة وخلى بينه وبينهما جازت الهبة فيهما جميعا لأن التسليم قد صح فيهما جميعا فان فرق بينهما في الهبة بأن  
وهب أحدهما ثم وهب الآخر فهذا لا يخلو اما ان جمع بينهما في التسليم واما ان فرق فان جمع جازت الهبة فيهما جميعا  
وان فرق بأن وهب أحدهما وسلم ثم وهب الآخر وسلم نظري في ذلك وروى فيه الترتيب ان قدم هبة الدار فلهبة في  
الدار لم تجز لأنهما مشغولة بالمتاع فلم يصح تسليم الدار وجازت في المتاع لأنه غير مشغول بالدار فيصح تسليمه ولو قدم  
هبة المتاع جازت الهبة فيهما جميعا أما في المتاع فلانه غير مشغول بالدار فيصح تسليمه واما في الدار فلأنها وقت التسليم  
كانت مشغولة بمتاع هو ملك الموهوب فلا يمنع صحة القبض وعلى هذا الأصل أيضا يخرج ما اذا وهب جارية واستثنى  
ما في بطنها أو حيوانا واستثنى ما في بطنه أنه لا يجوز لأنه لو جاز لكان ذلك هبة ما هو مشغول بغيره وانها غير جائزة لأنه  
لا جواز لها بدون القبض وكون الموهوب مشغولا بغيره يمنع صحة القبض ولو اعتق ما في بطن جاريته ثم وهب الام  
يجوز وذكر في العتاق أنه لو دبر ما في بطن جاريته لا يجوز منهم من قال في المسألة رايان (وجه) رواية عدم  
الجواز ان الموهوب مشغول بما ليس بموهوب فأشبه هبة دار فيها متاع الواهب (وجه) رواية الجواز وهي رواية  
الكرخي ان حرية الجنين تجعله مستثنى من العقد لأن حكم العقد لم يثبت فيه مع تناوله اياه ظاهر او هذا معنى الاستثناء  
ولو استثناءه لفظا جازت الهبة في الام فكذا اذا كان مستثنى في المعنى ومنهم من قال في المسألة رواية واحدة وفرق بين  
الاعتاق والتدبير (وجه) الفرق ان المدبر مال المولى فاذا وهب الام فقد وهب ما هو مشغول بمال الواهب فلم يجز  
كهبة دار فيها متاع الواهب وأما الحر فليس بمال فصار كالوهاب دارا فيها حر جالس وهذا لا يمنع جواز الهبة كذا هذا  
ومنها أن لا يكون الموهوب متصلا بما ليس بموهوب اتصال الاجزاء لأن قبض الموهوب وحده لا يتصور وغيره ليس  
بموهوب فكان هذا في معنى المشاع وعلى هذا يخرج ما اذا وهب أرضا فيها زرع دون الزرع أو شجرة عليها ثم ردون  
التمر أو وهب الزرع دون الأرض أو التمر دون الشجرة وخلى بينه وبين الموهوب له أنه لا يجوز لأن الموهوب متصل  
بما ليس بموهوب اتصال جزء بجزء فمنع صحة القبض ولو جاز التمر وحصد الزرع ثم سلمه فارغا جاز لأن المانع من النفاذ  
وهو ثبوت الملك قد زال ولو جمع بينهما في الهبة فوهبهما جميعا وسلم متفرقا جاز ولو فرق بينهما في الهبة فوهب كل  
واحد منهما بعقد على حدة بأن وهب الأرض ثم الزرع أو الزرع ثم الأرض فان جمع بينهما في التسليم جازت الهبة  
فيهما جميعا وان فرق لا تجوز الهبة فيهما جميعا قد قدم أو آخر سواء بخلاف الفصل الاول لأن المانع من صحة القبض هنا  
الاتصال وانه لا يختلف والمانع هناك الشغل وانه يختلف نظير هذا ما اذا وهب نصف الدار مشاعا من رجل ولم يسلم  
اليه حتى وهب النصف الباقي منه وسلم الكل انه يجوز ولو وهب النصف وسلم ثم وهب الباقي وسلم لا يجوز كذا هذا  
وعلى هذا يخرج ما اذا وهب صوفا على ظهر غنم انه لا يجوز لأن الموهوب متصل بما ليس بموهوب وهذا يمنع صحة

القبض ولو جزه وسلمه جازل زال المانع والله عز وجل أعلم وعلى هذا إذا وهب دابة وعليها حمل بدون الحمل لا يجوز ولو رفع الحمل عنها وسلمها فأرغا جازلنا قلنا بخلاف هبة ما في بطن جاريته أو ما في بطن غنمه أو ما في ضرعها أو هبة سمن في لبن أو دهن في سمس أوزيت في زيتون أو دقيق في حنطة أنه يبطل وإن سلطه على قبضه عند الولاية أو عند استخراج ذلك لأن الموهوب هناك ليس محل العقد لكونه معدوماً لهذا لم يحز بيعها فلا يجوز هبتها وهنا بخلافه على ما تقدم ومنها أهلية القبض وهي العقل فلا يجوز قبض المجنون والصبي الذي لا يعقل وأما البلوغ فليس بشرط لصحة القبض استحساناً فيجوز قبض الصبي العاقل ما وهب له والقياس أن يكون شرطاً ولا يجوز قبض الصبي وإن كان عاقلاً (وجه) القياس أن القبض من باب الولاية ولا ولاية له على نفسه فلا يجوز قبضه في الهبة كما لا يجوز في البيع (وجه) الاستحسان أن قبض الهبة من التصرفات النافعة المحضة فيملكه الصبي العاقل كما يملك وليه ومن هو في عياله وكذا الصبية إذا عقلت جاز قبضها لما قلنا وكذلك الحرية ليست بشرط فيجوز قبض العبد المحجور عليه إذا وهب له هبة ولا يجوز قبض المولى عنه سواء كان على العبدين أولاً فالقبض إلى العبد والمالك للمولى في المقبوض لأن القبض من حقوق العقد والعقد وقع للعبد فكان القبض إليه ولأن الأصل في بني آدم الحرية والرق لعارض فكان الأصل فيهم إطلاق التصرف لهم والأبحار لعارض الرق عن التصرف يتضمن الضرر بالمولى ولم يوجد فبقى فيه على أصل الحرية والمقبوض كسب العبد وكسب العبد القن للمولى وكذلك المكاتب إذا وهب له هبة فالقبض إليه ولا يجوز قبض المولى عنه لما قلنا في القن فإذا قبض المكاتب فهو أحق به فلا يملكه المولى لأن الهبة كسبه والمكاتب أحق باكتسابه ومنها الولاية في أحد نوعي القبض وجملة الكلام فيه أن القبض نوعان قبض بطريق الاصل وقبض بطريق النيابة (أما) القبض بطريق الاصل فهو أن يقبض بنفسه لنفسه وشرط جواز العقل فقط على ما بينا (وأما) القبض بطريق النيابة فالنيابة في القبض نوعان نوع يرجع إلى القابض ونوع يرجع إلى نفس القبض أما الأول الذي يرجع إلى القابض فهو القبض للصبي وشرط جوازه الولاية بالحر والعملة عند عدم الولاية فيقبض للصبي وليه أو من كان الصبي في حجره وعياله عند عدم المولى فيقبض له أبوه ثم وصي أبيه بعده ثم جده أو أبيه بعد أبيه ووصيه ثم وصي جده بعده سواء كان الصبي في عياله هؤلاء أو لم يكن فيجوز قبضهم على هذا الترتيب حال حضرهم لأن هؤلاء ولاية عليهم فيجوز قبضهم له وإذا غاب أحد هم غيبة منقطعة جاز قبض الذي يتلوه في الولاية لأن التأخير إلى قدوم الغائب تقويت المنفعة على الصغير فتنتقل الولاية إلى من يتلوه وإن كان دونه كما في ولاية النكاح ولا يجوز قبض غير هؤلاء إلا بة مع وجود واحد منهم سواء كان الصبي في عياله القابض أو لم يكن وسواء كان ذارحاً محرم منه كالأخ والم والام ونحوهم أو أجنبياً لأنه ليس لتفسير هؤلاء ولاية التصرف في مال الصبي فقيام ولاية التصرف لهم تمنع ثبوت حق القبض لغيرهم فإن لم يكن أحد من هؤلاء إلا بة جاز قبض من كان الصبي في حجره وعياله استحساناً والقياس أن لا يجوز لعدم الولاية ولا يجوز قبض من لم يكن في عياله أجنبياً كان أو ذارحاً محرم منه قياساً واستحساناً وإنما كان كذلك لأن الذي في عياله له عليه ضرب ولاية ألا ترى أنه يؤدي به ويسلمه في الصنائع التي للصبي فيها منفعة وللصبي في قبض الهبة منفعة محضة فقيام هذا القدر من الولاية يكفي لتصرف فيه منفعة محضة للصبي (وأما) من ليس في عياله فلا ولاية له عليه أصلاً فلا يجوز قبضه له كالأجنبي والقبض للصبيبة إذا عقلت ولها زوج قد دخل بها زوجها أيضاً استحساناً لأنها في عياله لكن هذا إذا لم يكن أحد من هؤلاء فأما عند وجود واحد منهم فلا يجوز قبض الزوج كذا ذكره الحاكم الجليل في مختصره (وأما) الثاني الذي يرجع إلى نفس القبض فهو أن القبض الموجود في الهبة ينوب عن قبض الهبة سواء كان الموجود وقت العقد مثل قبض الهبة أو أقوى منه لأنه إذا كان مثله أمكن تحقيق التناوب إذا التماثلان غير أن ينوب كل واحد منهما مقام صاحبه ويسد مسدده فتثبت المناوأة مقتضى المماثلة وإذا كان أقوى منه يوجد فيه المستحق وزيادة وبيان هذا في مسائل إذا كان الموهوب في يد الموهوب له وديعة أو عارية

فوهب منه جازت الهبة وصار قابضاً بنفس العقد ووقع العقد والقبض معا ولا يحتاج الى تجديد القبض بعد العقد استحسانا والقياس أن لا يصير قابضاً ما لم يجدد القبض وهو ان يخل بين نفسه وبين الموهوب بعد العقد (وجهه) القياس ان يد المودع ان كانت يده صورية فهي يد المودع معنى فكان المال في يده فصار كانه وهب له ما في يده فلا بد من القبض بالتخلية (وجهه) الاستحسان ان القبضين متماثلان لان كل واحد منهما قبض غير مضمون اذ الهبة عقد تبرع وكذا عقد الوديعة والعارية فتماثل القبضان فيتناوبان ضرورة بخلاف بيع الوديعة والعارية من المودع والمستعير لان قبضيهما لا ينوب عن قبض البيع لانه قبض أمانة وقبض البيع قبض ضمان فلم يماثل القبضان بل الموجود أدنى من المستحق فلم يتناوبا ولو كان الموهوب في يده منصوبا أو مقبوضا ببيع فاسد أو مقبوضا على سوم الشراء فكذا ينوب ذلك عن قبض الهبة لوجود المستحق بالعقد وهو أصل القبض وزيادة ضمان ولو كان الموهوب مرهونا في يده ذكر في الجامع انه يصير قابضاً وينوب قبض الرهن عن قبض الهبة لان قبض الهبة قبض أمانة وقبض الرهن في حق العين قبض أمانة أيضا فيتماثلان فتاب أحدهما عن الآخر ولكن كان قبض الرهن قبض ضمان فقبض الضمان أقوى من قبض الأمانة والأقوى ينوب عن الأدنى لوجود الأدنى فيه وزيادة وإذا صحت الهبة بالقبض بطل الرهن ويرجع المرتين بدينه على الراهن وذكر الكرخي انه لا يصير قابضاً حتى يجدد القبض بعد عقد الهبة لان قبض الرهن وان كان قبض ضمان لكن هذا ضمان لا تصح البراءة منه فلا يحتمل البراءة بهبة ليصير قبض أمانة فيتجانس القبضان فيبقى قبض ضمان فاختلف القبضان فلا يتناوبان بخلاف المنصوب والمقبوض على سوم الشراء لان ذلك الضمان مما تصح البراءة عنه فيبرأ عنه بالهبة ويبقى قبض غير ضمان فتماثل القبضان فيتناوبان ولو كان مبيعا قبل القبض فوهب من البائع جاز ولكن لا يكون هبة بل يكون اقالة حتى لا تصح بدون قبول البائع ولو باعته من البائع قبل القبض لا يجعل اقالة بل يبطل أصلا وأسا والفرق بينهما ما ذكرنا في كتاب البيوع ولونخل ابنه الصغير شيئا جاز ويصير قابضاً مع العقد كما اذا باع ماله منه حتى لو هلك عقيب البيع يهلك من مال الابن لصيرورته قابضاً للصغير مع العقد وينبغي للرجل أن يعدل بين أولاده في النحل لقوله سبحانه وتعالى ان الله يأمر بالعدل والاحسان (واما) كيفية العدل بينهم فقد قال أبو يوسف العدل في ذلك أن يسوى بينهم في العطية ولا يفضل الذكرك على الانثى وقال محمد العدل بينهم أن يعطيهم على سبيل الترتيب في الموارث للذكور مثل حظ الانثيين كذا ذكر القاضى الاختلاف بينهما في شرح مختصر الطحاوي وذكر محمد في الموطأ ينبغي للرجل أن يسوى بين ولده في النحل ولا يفضل بعضهم على بعض وظاهر هذا يقتضي أن يكون قوله مع قول أبي يوسف وهو الصحيح لما روي أن بشيرا أبا النعمان أتى بالنعمان الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال أتى نخلت ابني هذا غلاما كان لي فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم كل ولدك نخلته مثل هذا فقال لا فقال النبي عليه الصلاة والسلام فارجعه وهذا إشارة الى العدل بين الأولاد في النحلة وهو التسوية بينهم ولان في التسوية تأليف القلوب والتفضيل يورث الوحشة بينهم فكانت التسوية أولى ولونخل بعضاً وحرم بعضاً جاز من طريق الحكم لانه تصرف في خالص ملكه لاحق لاحد فيه الا انه لا يكون عدلا سواء كان المحروم فقيراً ثقياً أو جاهلاً فاسقاً على قول المتقدمين من مشايخنا وأما على قول المتأخرين منهم لا بأس ان يعطى المتأدبين والمتفقهين دون القسقة الفجرة

﴿فصل﴾ وأما حكم الهبة فالكلام فيه في ثلاث مواضع في بيان أصل الحكم وفي بيان صفته وفي بيان ما يرفع الحكم أما أصل الحكم فهو ثبوت الملك للموهوب له في الموهوب من غير عوض لان الهبة تملك العين من غير عوض فكان حكمها ملك الموهوب من غير عوض وأما صفته فقد اختلف فيها قال أصحابنا هي ثبوت ملك غير لازم في الأصل وللواهب ان يرجع في هبته وانما يثبت اللزوم ويمنع الرجوع باسباب عارضه وقال الشافعي رحمه الله الثابت بالهبة ملك لازم في الأصل ولا يثبت الرجوع الا في هبة الولد خاصة وهي هبة الولد لولده فنقول يقع

الكلام في هذا الفصل في مواضع في بيان نبوت حق الرجوع في الهبة وفي بيان شرائط صحة الرجوع بعد ثبوت الحق وفي بيان العوارض المانعة من الرجوع وفي بيان ماهية الرجوع وحكمه شرعاً أما ثبوت حق الرجوع لحق الرجوع في الهبة ثابت عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله احتج بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لا يحل لواهب أن يرجع في هبته إلا فيما يهب الوالد لولده وهذا نص في مسألة هبة الاجنبي والوالد وروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال العائد في هبته كالعائد في قبضته والعود في التيء حرام كذا في الهبة ولأن الأصل في العقود هو لزوم والامتناع بعارض خلل في المقصود ولم يوجد لأن المقصود من الهبة اكتساب الصيت باظهار الجود والسخاء لا طلب العوض فن طلب منهما العوض فقد طلب من المقدم ما لم يوضع له فلا يعتبر طلبه أصلاً (ولنا) الكتاب والسنة واجماع الصحابة رضي الله عنهم أما الكتاب العزيز فقوله تعالى وإذا حييتم بتحية فحيوا بأحسن منها أو ردوها والصحية وإن كانت تستعمل في معان من السلام والثناء والهدية بالمال (قال القائل) \* تحييتهم بيض الولاء بدنيهم \* لكن الثالث تفسير مراد بقريئة من نفس الآية الكريمة وهي قوله تعالى أو ردوها لأن الرد انما يتحقق في الاعيان لأن في الاعراض لأنه عبارة عن إعادة الشيء ولا يتصور في الاعراض والمشارك يتعين أحد وجوهه بالدليل وأما السنة فما روى عن أبي هريرة رضي الله عنه أنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الواهب أحق بهبته ما لم يثب منها أي يعوض جعل عليه الصلاة والسلام الواهب أحق بهبته ما لم يصل اليه العوض وهذا نص في الباب وأما إجماع الصحابة فإنه روى عن سيدنا عمر وسيدنا عثمان وسيدنا علي وعبد الله بن سيدنا عمر وأبي الدرداء وفضالة بن عبيد وغيرهم رضي الله عنهم أنهم قالوا مثل مذهبننا ولم يرد عن غيرهم خلافاً فيكون إجماعاً ولأن العوض المألى قد يكون مقصوداً من هبة الاجانب فان الانسان قد يهب من الاجنبي احساناً اليه وانعاماً عليه وقد يهب له طمعاً في المكافأة والمجازاة عرفاً وعادة فالموهوب له مندوب الى ذلك شرعاً قال الله تبارك وتعالى هل جزاء الاحسان الا الاحسان وقال عليه الصلاة والسلام من اصطنع اليكم معروفافكافؤه فان لم تجدوا ما تكافؤه فادعوا له حتى يعلم انكم قد كافأتموه وقال عليه الصلاة والسلام تهادوا تحابوا والتهادى تفاعل من الهدية فيقتضى الفعل من اثنين وقد لا يحصل هذا المقصود من الاجنبي وفوات المقصود من عقد محتمل للفسخ يمنع لزومه كالبيع لأنه يعدم الرضا والرضا في هذا الباب كما هو شرط الصحة فهو شرط اللزوم كما في البيع اذا وجد المشتري بالمبيع عيباً لم يلزمه العقد لعدم الرضا عند عدم حصول المقصود وهو السلامة كذا هذا وأما الحديث الاول فله تأويلان احدهما انه محمول على الرجوع بغير قضاء ولا رضا وذلك لا يجوز عندنا الا فيما يهب الوالد لولده فانه يحل له أخذه من غير رضا الولد ولا قضاء القاضي اذا احتاج اليه للاتفاق على نفسه الثاني انه محمول على نفي الحل من حيث المروءة والخلف لا من حيث الحكم لأن نفي الحل محتمل ذلك قال الله تعالى عز وجل في رسولنا عليه الصلاة والسلام لا يحل لك النساء من بعد ولا أن تبدل بهن من أزواج قيل في بعض التأويلات لا يحل لك من حيث المروءة والخلف ان تزوج عليهن بعدما اخترن اياك والدار الآخرة على الدنيا وما فيها من الزينة لا من حيث الحكم اذ كان يحل له التزوج بغيرهن وهذا تأويل الحديث والآخرة المراد منه التشبيه من حيث ظاهر القبح مروءة وطبيعة لا شريعة لا ترى انه قال عليه الصلاة والسلام في رواية أخرى العائد في هبته كالكلب يقيء ثم يعود في قبضته وفعل الكلب لا يوصف بالحرمة الشرعية لكنه يوصف بالقبح الطبيعي كذا هذا وقوله فيما يهب الوالد لولده محمول على أخذ مال ابنه عند الحاجة اليه لكنه ساء رجوعاً للتصوره بصورة الرجوع مجازاً وان لم يكن رجوعاً حقيقة على ما نذكره في تلك المسئلة ان شاء الله تعالى وأما شرائط الرجوع بعد ثبوت الحق حتى لا يصبح بدون القضاء والرضا لان الرجوع فسخ العقد بعد تمامه وفسخ العقد بعد تمامه يصبح بدون القضاء والرضا كالدرد بالبيع بعد القبض وأما العوارض المانعة من الرجوع فانواع منها هلاك الموهوب لأنه لا سبيل الى الرجوع في الهالك ولا سبيل الى الرجوع في قيمته لأنها ليست

بموهوبة لانعدام ورود العقد عليها ومنها خروج الموهوب من ملك الواهب باى سبب كان من البيع والهبة والموت ونحوها لان الملك يختلف بهذه الاشياء أما بالبيع والهبة ونحوهما فظاهر وكذا بالموت لان الثابت للوارث غير ما كان ثابتاً للمورث حقيقة لان الملك عرض يتجدد في كل زمان الا انه مع تجدد حقيقته جعل متجدداً تقديرأ في حق المحل حتى يرد الوارث بالعيب ويرد عليه فيجب العمل بالحقيقة في حق المالك فاختلف المكان واختلاف المالكين بمنزلة اختلاف العينين ثم لو وهب عينا لم يكن له ان يرجع في عين أخرى فكذا اذا أوجبه ملكاً لم يكن له ان يفسخ ملكاً آخر بخلاف ما اذا وهب لعبد رجل هبة فقبضها العبد ان الواهب ان يرجع فيها لان الملك هناك لم يختلف لان الهبة انعقدت موجبة للملك للمولى ابتداء فلم يختلف الملك وكذا المكاتب اذا وهب له هبة وقبضها فلو الواهب ان يرجع لما قلنا وكذلك ان أعتق المكاتب لان الملك الذي أوجبه بالهبة قد استقر بالعتق فكانه وهب له بعد العتق فان عجز المكاتب ورد في الرق فلو الواهب ان يرجع عند أبي يوسف وعند محمد ليس له ان يرجع وهذا بناء على ان المكاتب اذا عجز عن أداء بدل الكتابة فالمولى يملك اكسابه بحكم الملك الاول أو يملكه كمال كابتدأ فأنشد أبو يوسف يملكها بحكم الملك الاول فلم يختلف الملك فكان له ان يرجع وعند محمد يملكها كمال كابتدأ فاختلف الملك فنع الرجوع (وجه) قول محمد ان ملك الكسب للمولى قد بطل بالكتابة لان المكاتب صار أحق باكسابه بالكتابة فبطل ملك المولى بالكسب والباطل لا يحتمل العود فكان هذا كمال كابتدأ فيمنع الرجوع كملك الوارث (وجه) قول أبي يوسف ان سبب ثبوت ملك الكسب هو ملك الرقبة وملك الرقبة قائم بعد الكتابة الا انه امتنع ظهور ملك الكسب للمولى لضرورة التوصل الى المقصود من الكتابة في جانب المكاتب وهو شرف الحرية باداء بدل الكتابة فاذا عجز زالت الضرورة وظهر ملك الكسب تبعاً لملك الرقبة فلم يكن هذا كمال كابتدأ ومنها موت الواهب لان الوارث لم يوجب الملك للموهوب له فكيف يرجع في ملك لم يوجبه ومنها الزيادة في الموهوب زيادة متصلة فنقول جملة الكلام في زيادة الهبة انها لا تخلو إما ان كانت متصلة بالاصل وإما ان كانت منفصلة عنه فان كانت متصلة بالاصل فانه امتنع الرجوع سواء كانت الزيادة بفعل الموهوب له أو لا بفعله وسواء كانت متولدة أو غير متولدة نحو ما اذا كان الموهوب جارية هزيلة فسميت أوداراً فبني فيها أو أرضاً ففرس فيها غرساً أو نصب دولا أو غير ذلك مما يستحق به وهو مثبت في الارض مبنى عليها على وجه يدخل في بيع الارض من غير تسمية قليلا كان أو كثيراً أو كان الموهوب ثوباً فصبعه بمصفر أو زعفران أو قطعة قيصاً وخاطه أو جبة وحشاه أو قباء لانه لا سبيل الى الرجوع في الاصل مع الزيادة لان الزيادة ليست بموهوبة اذ لم يرد عليها العقد فلا يجوز ان يرد عليها القسح ولا سبيل الى الرجوع في الاصل بدون الزيادة لانه غير ممكن فامتنع الرجوع أصلاً وان صبغ الثوب بصبغ لا يزيد فيه أو ينقصه فله ان يرجع لان المنع من الرجوع هو الزيادة فاذا لم يزد الصبغ في القيمة التحقت الزيادة بالعدم وان كانت الزيادة منفصلة فانها لا تمنع الرجوع سواء كانت متولدة من الاصل كالولد والبن والتمر أو غير متولدة كالارض والعقر والكسب والفلة لان هذه الزوائد لم يرد عليها العقد فلا يرد عليها القسح وانما ورد على الاصل ويمكن فسخ العقد في الاصل دون الزيادة بخلاف المتصلة وبخلاف ولد المبيع انه يمنع الرد بالعيب لان المنع هناك هو ان يبقى الولد بمصدره لا بكم بكل الثمن مبيعاً مقصوداً لا يقابل به عوض وهذا تفسير الاربعة لان جريان الربا يختص بالمعاوضات فجاز ان يبقى الولد موهوباً مقصوداً بلا عوض بخلاف المبيع وكذا الزيادة في سعر لا تمنع الرجوع لانه لا تعلق لها بالموهوب وانما هي رغبة يحدتها الله تعالى في القلوب فلا تمنع الرجوع ولهذا لم تعتبر هذه الزيادة في أصول الشرع فلا تفسير ضمان الرهن ولا الفسخ ولا تمنع الرد بالعيب وأما نقصان الموهوب فلا يمنع الرجوع لان ذلك رجوع في بعض الموهوب وله ان يرجع في بعض الموهوب مع بقاءه بكاله فكذا اذا نقص ولا يضمن الموهوب له النقصان لان قبض الهبة ليس قبض مضمون ومنها العوض لما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال الواهب أحق بهبته

ما لم يثبت منها أى مالم يعرض ولا ان التعويض دليل على ان مقصود الواهب هو الوصول الى العوض فاذا وصل فقد حصل مقصوده فيمنع الرجوع وسواء قل العوض أو أكثر لما روينا من الحديث من غير فصل فنقول العوض نوعان متأخر عن العقد ومشروط في العقد أما العوض المتأخر عن العقد فالكلام فيه يقع في موضعين أحدهما في بيان شرط جواز هذا التعويض وصيرورة الثاني عوضاً والثاني في بيان ماهية هذا التعويض أما الاول فله شرائط ثلاثة الاول مقابلة العوض بالهبة وهو ان يكون التعويض بلفظ يدل على المقابلة نحو ان يقول هذا عوض من هبتك أو بدل عن هبتك أو مكان هبتك أو نحللتك هذا عن هبتك أو تصدقت بهذا بدلا عن هبتك أو كافأتك أو جازيتك أو أتيتك وما يجري هذا المجرى لان العوض اسم لما يقابل المعوض فلا بد من لفظ يدل على المقابلة حتى لو وهب لسان شيئا وقبضه الموهوب له ثم ان الموهوب له أيضاً وهب شيئاً للواهب ولم يقل هذا عوض من هبتك ونحو ذلك مما ذكرنا لم يكن عوضاً بل كان هبة مبتدأة ولكل واحد منهما حق الرجوع لانه لم يحمل الباقي مقابل الاول لا نعدم ما يدل على المقابلة فكانت هبة مبتدأة ثبتت فيها الرجوع والثاني أن لا يكون العوض في العقد مملو كاذلك العقد حتى لو عوض الموهوب له الواهب بالموهوب لا يصح ولا يكون عوضاً وان عوضه ببعض الموهوب عن باقيه فان كان الموهوب على حاله التي وقع عليها العقد لم يكن عوضاً لان التعويض ببعض الموهوب لا يكون مقصود الواهب عادة اذ لو كان ذلك مقصوده لا مسكه ولم يهبه فلم يحصل مقصوده بتعويض بعض ما دخل تحت العقد فلا يبطل حق الرجوع وان كان الموهوب قد تغير عن حاله تغيراً يمنع الرجوع فان بعض الموهوب يكون عوضاً عن الباقي لانه بالتغير صار بمنزلة عين أخرى فصلح عوضاً هذا اذا وهب شيئاً واحداً أو شيئين في عقد واحد فاما اذا وهب شيئين في عقدين فعوض أحدهما عن الآخر فقد اختلف فيه قال أبو حنيفة عليه الرحمة يكون عوضاً وقال أبو يوسف لا يكون عوضاً (وجهه) قول أبي يوسف ان حق الرجوع ثابت في غير ما عوض لانه موهوب وحق الرجوع في الهبة ثابت شرعاً فاذا عوض يقع عن الحق المستحق شرعاً فلا يقع موقع العوض بخلاف ما اذا تغير الموهوب فجعل بعضه عوضاً عن الباقي انه يجوز وكان مكاناً عوضاً لان حق الرجوع قد بطل بالتغير فجاز أن يقع موقع العوض (وجهه) قولهما انهما ملكا بعقدين متباينين فجاز أن يحمل أحدهما عوضاً عن الآخر وهذا لانه يجوز أن يكون مقصود الواهب من هبته الثانية عود الهبة الاولى لان الانسان قد يهب شيئاً ثم يبدوله الرجوع فصار الموهوب باحد العقدین بمنزلة عين أخرى بخلاف ما اذا عوض بعض الموهوب عن الباقي وهو على حاله التي وقع عليها العقد لان بعض الموهوب لا يكون مقصود الواهب فان الانسان لا يهب شيئاً ليس له بعضه عوضاً عن باقية وقوله حق الرجوع ثابت شرعاً نعم لكن الرجوع في الهبة ليس واجب فلا يمتنع وقوعه عن جهة أخرى كما لو باعه منه ولو وهب له شيئاً وتصدق عليه بشئ فعوضه الصدقة من الهبة كانت عوضاً بالاجماع على اختلاف الاصلين (اما) على أصل أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله فلا يشك لانهما لو ملكا بعقدين متفقين لجاز أن يكون أحدهما عوضاً عن الآخر فعند اختلاف العقدين أولى (واما) على أصل أبي يوسف رحمه الله فلا يشك لان الصدقة لا تثبت فيها حق الرجوع فوقع موقع العوض والثالث سلامة العوض للواهب فان لم يسلم بان استحق من يده لم يكن عوضاً وله أن يرجع في الهبة لان بالاستحقاق تبين ان التعويض لم يصبح فكانه لم يعرض أصلاً فله أن يرجع ان كان الموهوب قائماً بعينه لم يهلك ولم يزد دخيراً ولم يحدث فيه ما يمنع الرجوع فان كان قد هلك أو استهلك الموهوب له لم يضمه كماله هلك أو استهلكه قبل التعويض وكذا اذا ازداد خيراً لم يضم كماله قبل التعويض وان استحق بعض العوض وبقي البعض فالباقي عوض عن كل الموهوب وان شاء رد ما بقي من العوض ويرجع في كل الموهوب ان كان قائماً في يده ولم يحدث فيه ما يمنع الرجوع وهذا قول أصحابنا الثلاثة وقال زفر يرجع في الهبة بقدر المستحق من العوض (وجهه) قوله ان معنى المعاوضة ثبت من الجانبين جميعاً فكان الثاني عوض عن الاول فالاول يصير عوضاً عن الثاني ثم لو استحق بعض الهبة الاولى كان للموهوب له أن



يرجع في بعض العوض فكذا اذا استحق بعض العوض كان للواهب أن يرجع في بعض الهبة تحقيقاً للمعاوضة (ولنا) ان الباقي يصلح عوضاً عن كل الهبة ألا ترى انه لو لم يعوضه الاب في الابتداء كان عوضاً مانعاً عن الرجوع فكذا في الانتهاء بل أولى لان البقاء أسهل الا ان الواهب أن يردده ويرجع في الهبة لان الموهوب له غير حيث عوضه لا سقاط الرجوع بشئ لم يسلم له فيثبت له الخيار (وأما) سلامة المعوض وهو الموهوب للموهوب له فشرطه لزوم التعويض حتى لو استحق الموهوب كان له أن يرجع فيما عوض لانه انما عوض ليسقط حق الرجوع في الهبة فاذا استحق الموهوب تبين ان حق الرجوع لم يكن ثابتاً فصار كمن صالح عن دين ثم تبين انه لا دين عليه وكذلك لو استحق نصف الموهوب فلموهوب له أن يرجع في نصف العوض ان كان الموهوب مما يحتل القسمة لانه انما جعل عوضاً عن حق الرجوع في جميع الهبة فاذا لم يسلم له بعضه يرجع في العوض قدره سواء زاد العوض أو نقص في السعر أو زاد في البدن أو نقص في البدن كان له أن يأخذ نصفه ونصف النقصان كذا روى عن محمد في الاملاء وانما لم يمنع الزيادة عن الرجوع في العوض لانه تبين له انه قبضه بغير حق فصار كالمقبوض بعقد فاسد فيثبت الفسخ في الزوائد وان قال الموهوب له ارد ما بقي من الهبة وأرجع في العوض كله لم يكن له ذلك لان العوض لم يكن مشروطاً في العقد بل هراً آخر عنه والعوض المتأخر ليس بعوض عن العين حقيقة بل هو لا سقاط الرجوع وقد حصل له سقوط الرجوع فيما بقي من الهبة فلم يكن له أن يرجع في العوض فان كان العوض مستهلكاً ضمن قبض العوض بقدر ما وجب الرجوع للموهوب له فيه من العوض وان استحق كل الهبة والعوض مستهلك يضمن كل قيمة العوض كذا ذكر في الاصل من غير خلاف وهو احدى رويين بشر عن أبي يوسف عن أبي حنيفة رحمهم الله وروى بشر رواية أخرى عن أبي يوسف عن أبي حنيفة انه لا يضمن شيئاً وهو قول أبي يوسف (وجهه) رواية الاصل ان القبض في العوض ما وقع بمجاناً وانما وقع بمطالاً حق الرجوع في الاول فان لم يسلم المقصود منه بقي القبض مضموناً فكلما يرجع بعينه لو كان قائماً يرجع قيمته اذا هلك (وجهه) الرواية الاخرى ان العوض المتأخر عن العقد في حكم الهبة المبتدأة حتى يشترط فيه شرائط الهبة من القبض والحيازة والموهوب غير مضمون بالهلاك هذا اذا كان الموهوب أو العوض شيئاً لا يحتل القسمة فاستحق بعضه (فاما) اذا كان مما يحتل القسمة فاستحق بعض أحدهما بطل العوض ان كان هو المستحق وكذا تبطل الهبة ان كانت هي المستحقة فاذا بطل العوض رجع في الهبة واذا بطلت الهبة رجع في العوض لان بالاستحقاق تبين ان الهبة أو التعويض وقع في مشاع يحتل القسمة وذلك باطل الثاني بيان ماهيته فالتعويض المتأخر عن الهبة هبة مبتدأة بخلاف من أصحابنا يصح بما تصح به الهبة وبطل بما تبطل به الهبة لا يخالفها الا في اسقاط الرجوع على معنى انه ثبت حق الرجوع في الاولى ولا يثبت في الثانية (فاما) فيما راء ذلك فهو في حكم هبة مبتدأة لانه تبرع بتلك العين للخال وهذا معنى الهبة الا انه تبرع به ليسقط حق الرجوع عن نفسه في الهبة الاولى فكانت هبة مبتدأة مسقطاً لحق الرجوع في الهبة الاولى ولو وجد الموهوب له بالموهوب عيباً فاحتشاماً لم يكن له أن يردده ويرجع في العوض وكذلك الواهب اذا وجد بالعوض عيباً لم يكن له أن يرد العوض ويرجع في الهبة لان الرد بالعيب من خواص المعاوضات والعوض اذا لم يكن مشروطاً في العقد لم يكن عوضاً على الحقيقة بل كان هبة مبتدأة ولا يظهر معنى العوض فيه الا في اسقاط الرجوع خاصة فاذا قبض الواهب العوض فليس لكل واحد منهما أن يرجع على صاحبه فيما ملكه (أما) الواهب فلانه قد سلم له العوض عن الهبة وانه يمنع الرجوع (وأما) الموهوب له فلانه قد سلم له ما هو في معنى العوض في حقه وهو سقوط حق الرجوع فيمنعه من الرجوع لقوله عليه الصلاة والسلام الواهب احق بهتته ما لم يثب منها وسواء عوضه الموهوب له أو اجنبي بأمر الموهوب له أو بغير أمره لم يكن للواهب أن يرجع في هبته ولا للمعوض أن يرجع في العوض على الواهب ولا على الموهوب له (أما) الواهب فانما لم يرجع في هبته لان الاجنبي انما عوض بأمر الموهوب له قام تعويضه مقام تعويضه بنفسه ولو عوض بنفسه

لم يرجع فكذا اذا عوض الاجنبي بأمره وان عوض بغير أمره فقد تبرع باسقاط الحق عنه والتبرع باسقاط الحق عن الغير جائز كما لو تبرع بمخالعة امرأة من زوجها (واما) المعوض فانه لا يرجع على الواهب لان مقصوده من التعويض سلامة الموهوب للموهوب له واسقاط حق التبرع وقد سلم له ذلك وانما لم يرجع على الموهوب له (اما) اذا كان بغير أمره فلا تبرع باسقاط الحق عنه فلا يملك أن يجعل ذلك مضمونا عليه (واما) اذا عوض بأمره لا يرجع عليه أيضا الا اذا قال له عوض عني على اني ضامن لانه اذا أمره بالتعويض ولم يضمن له فقد أمره بما ليس بواجب عليه بل هو متبرع به فلم يوجب ذلك الضمان على الأمر الا بشرط الضمان وعلى هذا قالوا فيمن قال لغيره أطعم عن كفارة يعني أو أذ كأتى ففعل لا يرجع بذلك على الأمر الا ان يقول له على اني ضامن لانه أمره بما ليس بمضمون عليه بخلاف ما اذا أمره بغيره بقضاء الدين ففعله انه يرجع على الأمر وان لم يقل على اني ضامن نصا لان قضاء الدين مضمون على الأمر فاذا أمره به فقد ضمن له ولو عوض الموهوب له الواهب عن نصف الهبة كان عوضا عن نصفها وكان للواهب أن يرجع في النصف الآخر ولا يرجع فيما عوض عنه لان حق الرجوع في الهبة بما يتجزأ ألا ترى انه لو رجع في نصف الهبة ابتداء دون النصف جاز فجاز أن يثبت حق الرجوع في النصف بدون النصف بخلاف العفو عن القصاص والطلاق لان ذلك مما لا يتجزأ فكان اسقاط الحق عن البعض اسقاطا عن الكل (واما) العوض المشرط في العقد فان قال وهبت لك هذا الشيء على أن تعوضني هذا الثوب فقد اختلف في ماهية هذا العقد قال أصحابنا الثلاثة رضي الله عنهم ان عقده عقد هبة وجوازه جواز بيع ورجوعه وانه هبة ابتداء ببيع انتهاء حتى لا يجوز في المشاع الذي ينقسم ولا يثبت الملك في كل واحد منهما قبل القبض ولكل واحد منهما أن يرجع في سلعته ما لم يقبضا وكذا اذا قبض أحدهما ولم يقبض الآخر فلكل واحد منهما أن يرجع القابض وغير القابض فيه سواء حتى يتقابضا جميعا ولو تقابضا كان ذلك بمنزلة البيع رد كل واحد منهما بالعيب وعدم الرؤية ويرجع في الاستحقاق وتجب الشفعة اذا كان غير منقول وقال زفر رحمه الله عقده عقد بيع وجوازه جواز بيع ابتداء وانتهاء وتثبت فيه أحكام البيع فلا يبطل بالشيوع ويفيد الملك بنفسه من غير شرط نية القبض ولا يملك الرجوع (وجه) قوله ان معنى البيع موجود في هذا العقد لان البيع تمليك العين بعوض وقد وجد الا انه اختلفت العبارة واختلفت فيها لا يوجب اختلاف الحكم كلفظ البيع مع لفظ التمليك (ولنا) انه وجد في هذا العقد لفظ الهبة ومعنى البيع فيعطى شبه العقدين فيعتبر فيه القبض والحيازة عملا شبه الهبة ويثبت فيه حق الرد بالعيب وعدم الرؤية في حق الشفعة عملا شبه البيع عملا بالدليلين بقدر الامكان والله عز وجل أعلم (ومنها) ما هو في معنى العوض وهو ثلاثة أنواع الاول صلة الرحم المحرم فلا رجوع في الهبة لذى رحم محرم من الواهب وهذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله يرجع الوالد فيما يبطله احتيج بما روي عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال لا يحل لواهب أن يرجع في هبته إلا الوالد فيما يبطله وهذا نص في الباب (ولنا) ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال الواهب أحق بهبته ما لم يثبت منها أي لم يعوض وصلة الرحم عوض معنى لان التواصل سبب التناصر والتعاون في الدنيا فيكون وسيلة الى استيفاء النصرة وسبب الثواب في الدار الآخرة فكان أقوى من المال وقد روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال اتقوا الله وصلوا الارحام فانه أبقى لكم في الدنيا وخير لكم في الدار الآخرة فدخل تحت النص وروي عن سيدنا عمر رضي الله عنه انه قال من وهب هبة لصلبة رحم أو على وجه صدقة فانه لا يرجع فيها وهذا نص في الباب والحديث محمول على النهي عن شراء الموهوب لكنه سماه رجوعا مجازا لتصوره بصورة الرجوع كما روي أن سيدنا عمر رضي الله عنه تصدق بفرس له على رجل ثم وجده يباع في السوق فأراد أن يشتريه فسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال لا تعد في صدقتك وسيدنا عمر رضي الله عنه قصد الشراء لا العود في الصدقة لكن سماه عودا لتصوره بصورة العود وهو نهى ندب لان الموهوب له يستحق فيسأله في غنه فيصير كالراجع في بعضه والرجوع مكروه وهذا

المعنى لا يوجد في هبة الوالد لولده لأن الولد لا يستحق عن المضايقة في الثمن لاستيفاء الثمن لمباشرة بينهم عادة فلم يكره الشراء حملناه على هذا توفيقاً بين الدليلين صيانة لهما عن التناقض ولو وهب لذي رحم محرم فله أن يرجع لقصور معنى الصلة في هذه القرابة فلا يكون في معنى العوض وكذا إذا وهب لذي محرم لا رحمه له لانعدام معنى الصلة أصلاً ولو وهب لعبد ذي رحم ومولاه أجنبياً (فاما) ان كان المولى ذارحم محرم من الواهب والعبد أجنبياً (واما) ان كان المولى والعبد جميعاً ذوى رحم من الواهب فان كان العبد ذارحم محرم من الواهب والمولى أجنبياً فله أن يرجع بلا خلاف بين أصحابنا لان حكم العقد يقع للمولى وانما الواقع للعبد بصورة العقد بلا حكم وانه لا يفيد معنى الصلة فانعدام معنى العوض أصلاً وان كان المولى ذارحم محرم من الواهب والعبد أجنبياً اختلوا فيه قال أبو حنيفة رضي الله عنه يرجع وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله لا يرجع (وجه) قولهما أن بطلان حق الرجوع بحصول الصلة لانها في معنى العوض على ما بينا ومعنى الصلة انما يتحقق لوقوع الحكم للقريب والحكم وقع للمولى فصار كأن الواهب أوجب الهبة له ابتداء وانه يمنع الرجوع كذا هذا (وجه) قول أبي حنيفة رحمه الله أن الملك لم يثبت للمولى بالهبة لانها وقعت للعبد ألا ترى أن القبض اليه لا الى المولى وانما ثبت ضرورة تعدد الاثبات للعبد فأقيم مقامه واذا ثبت الملك له بالهبة لم يحصل معنى الصلة بالعقد فلا يمنع الرجوع مع ما أن الملك يثبت له بالهبة لكن الهبة وقعت للمولى من وجهه وللعبد من وجهه لان الايجاب أضيف الى العبد والملك وقع للمولى اذا لم يكن دين فلم يتكامل معنى الصلة في الهبة فصارت كالهبة لذي رحم محرم فان كانا جميعاً ذارحم محرم من الواهب فقد ذكر الكرخي عن محمد بن قيس قول أبي حنيفة أن يرجع لان قرابة العبد لا تؤثر في اسقاط الرجوع لان الملك لم يقع له وقرابة المولى أيضاً لا تؤثر فيه لان الايجاب لم يقع له وحق الرجوع هو الاصل في الهبة والامتناع معارض المسقط ولم يوجد فلا يسقط وذكر الفقيه أبو جعفر الهندي اني انه ليس له أن يرجع في هذه المسئلة في قولهم لان الهبة اما أن يعتبر فيها حال العبد أو حال المولى وأيهما كان فرحمة كاملة والصلة الكاملة تمنع الرجوع والجواب انه لا يعتبر ههنا حال العبد وحده ولا حال المولى وحده بل يعتبر حالهما جميعاً واعتبار حالهما لا يمنع الرجوع والله عز وجل أعلم وعلى هذا التفريع اذا وهب لمكاتب شيئاً وهو ذو رحم محرم من الواهب أو مولاه ذو رحم محرم من الواهب انه ان أدى المكاتب فعتق يعتبر حاله في القرابة وعدمها ان كان أجنبياً يرجع وان كان قريباً لا يرجع لانه لما أدى فعتق استقر ملكه فصار كأن الهبة وقعت له وهو حر ولو كان كذلك يرجع ان كان أجنبياً وان كان قريباً لا يرجع كذا هذا وان عجز ورد في الرق فقياس قول أبي حنيفة رحمه الله انه يعتبر حال المولى في القرابة وعدمها ان كان أجنبياً فلو وهب أن يرجع وان كان قريباً فليس له أن يرجع بناء على أن الهبة عنده أو جبت ملكاً موقوفاً على المكاتب وعلى مولاه على معنى انه ان أدى فعتق تبين ان الملك وقع له من حين وجوده وان عجز ورد في الرق يظهر انه وقع للمولى من وقت وجوده كأن الهبة وقعت له من الابتداء وعلى قول محمد لا يرجع في الاحوال كلها لان عنده كسب المكاتب يكون للمكاتب من غير توقف ثم ينتقل الى المولى بالعجز كأنه وهب لحي فمات وانتقل الموهوب الى ورثته الثاني الزوجية فلا يرجع كل واحد من الزوجين فيما وهبه لصاحبه لان صلة الزوجية تجري مجرى صلة القرابة الكاملة بدليل انه يتعلق بها التوارث في جميع الاحوال فلا يدخلها محجب الحرمان والقرابة الكاملة مانعة من الرجوع فكذا ما يجري مجراها الثالث التوارث فلا رجوع في الهبة من الفقير بعد قبضها لان الهبة من الفقير صدقة لانه يطلب بها الثواب كالصدقة ولا رجوع في الصدقة على الفقير بعد قبضها لحصول الثواب الذي هو في معنى العوض بوعد الله تعالى وان لم يكن عوضاً في الحقيقة اذا العبد لا يستحق على مولاه عوضاً ولو تصدق على غنى فالقياس أن يكون له حق الرجوع لان التصديق على النفي يطلب منه العوض عادة فكان هبة في الحقيقة فيوجب الرجوع لانهم استحسنوا وقالوا ليس له ان يرجع لان الثواب قد يطلب بالصدقة على الاغنياء ألا ترى أن من له نصاب يجب فيه الزكاة وله عيال لا يكفيه ما في

يده في الصدقة عليه ثواب وإذا كان الثواب مطلوباً من ذلك في الجملة فإذا أتى بلقطة الصدقة دل أنه أراد به الثواب وأنه يمنع الرجوع لما بينا (وأما) الشيوخ فتقول لا يمنع الرجوع في الهبة فلو هاب أن يرجع في نصف الهبة مشاعاً وإن كان محتملاً للقسمة بأن وهب داراً فباع الموهوب له نصفها مشاعاً كان للواهب أن يرجع في الباقي وكذلك يمنع نصفها وهي قائمة في يد الموهوب له فله أن يرجع في بعضه بدون البعض بخلاف الهبة المستقبلة أنها لا تجوز في المشاع الذي يحتمل القسمة لأن القبض شرط جواز العقد والبيع يخل في القبض الممكن من التصرف والرجوع ففسخ والقبض ليس بشرط لجواز الفسخ فلا يكون الشيوخ مع ما نعلم من الرجوع (وأما) بيان ماهية الرجوع وحكمه شرعاً فتقول والله التوفيق لا خلاف في أن الرجوع في الهبة بقضاء القاضي فسخ واختلف في الرجوع فيها بالتراضي فمسائل أحبابنا تدل على أنه فسخ أيضاً كالرجوع بالقضاء فانهم قالوا يصح الرجوع في المشاع الذي يحتمل القسمة ولو كان هبة مبتدأة لم يصح مع الشيوخ وكذلك لا تقف محته على القبض ولو كانت هبة مبتدأة لو وقف محته على القبض وكذلك وهب لانسان شيئا ووهبه الموهوب له لا آخر ثم رجع الثاني في هبته كان للاول أن يرجع ولو كان هبة مبتدأة لم يكن له حق الرجوع فهذه المسائل تدل على أن الرجوع بغير قضاء فسخ وقال زفرانه هبة مبتدأة (وجه) قوله أن ملك الموهوب عاد إلى الواهب بتراضيها فأشبهه الرد بالعيب فيعتبر عقد جديد في حق ثالث كالرد بالعيب بعد القبض والدليل على أنه هبة مبتدأة ما ذكره في كتاب الهبة أن الموهوب له إذا رد الهبة في مرض موته أنها تكون من الثلث وهذا حكم الهبة المبتدأة (ولنا) أن الواهب بالفسخ يستوفي حق نفسه واستيفاء الحق لا يتوقف على قضاء القاضي والدليل على أنه مستوفى حق نفسه بالفسخ أن الهبة عقد جائز موجب حق الفسخ فكان بالفسخ مستوفياً ثابتاً له فلا يقف على القضاء بخلاف الرد بالعيب بعد القبض بغير قضاء القاضي أنه يعتبر بيعاً جديداً في حق ثالث لأنه لا حق للمشتري في الفسخ وإنما حقه في صفقة السلامة فإذا لم يسلم اختل رضاه فيثبت حق الفسخ ضرورة فتوقف لزوم موجب الفسخ في حق ثالث على قضاء القاضي (وأما) ما ذكره محمد بن أحبابنا من التزم وقال هذا يدل على أن الرجوع بغير قضاء هبة مبتدأة وما ذكرنا من المسائل يدل على أنها فسخ فكان في المسئلة روايتان (ومنه) من قال هذا لا يدل على اختلاف الروايتين لأنه إنما اعتبر الرد من الثلث لكون المريض منهما في الرد في حق ورثته فكان فسخاً فيما بين الواهب والموهوب له هبة مبتدأة في حق الورثة وهذا ليس بممتنع أن يكون للعقد الواحد حكمان مختلفان كالأقالة فإنها فسخ في حق العاقدين بيع جديد في حق غيرهما وإذا انفسخ العقد بالرجوع عاد الموهوب إلى قديم ملك الواهب ويملكه الواهب وإن لم يقبضه لأن القبض إنما يعتبر في انتقال الملك لا في عود قديم الملك كالفسخ في باب البيع والموهوب بعد الرجوع يكون أمانة في يد الموهوب له حتى لو هلك في يده لا يضمن لأن قبض الهبة قبض غير مضمون فإذا انفسخ عندها بقي القبض على ما كان قبل ذلك أمانة غير موجب للضمان فلا يصير مضموناً عليه إلا بالتعدي كسائر الأمانات ولو لم يتراضيا على الرجوع ولا قضى القاضي به ولو كان الموهوب له وهب الموهوب للواهب وقبله الواهب الأول لا يملكه حتى يقبضه وإذا قبضه كان بمنزلة الرجوع بالتراضي أو بقضاء القاضي وليس للموهوب له أن يرجع فيه وكذلك الصدقة (أما) وقوف الملك فيه على القبض فلان الموجود لفظ الهبة لالفاظ الفسخ وملك الواهب لا يزول إلا بالقبض بخلاف ما إذا تراضيا على الرجوع أن الواهب يملكه بدون القبض لأن اتفاقهما على الرجوع اتفاق على الفسخ ولا يشترط للفسخ ما يشترط للعقد ثم إذا قبضه الواهب قام ذلك مقام الرجوع لأن الرجوع مستحق فتقع الهبة عن الرجوع المستحق ولا تقع موقع الهبة المبتدأة فلا يصح الرجوع فيها

**فصل** وأما بيان ما يرفع عقد الهبة فالذي يرفعه هو الفسخ أما بالاقالة أو الرجوع بقضاء القاضي أو التراضي على ما بينا وإذا انفسخ العقد يعود الموهوب إلى قديم ملك الواهب بنفس الفسخ من غير الحاجة إلى القبض لما ذكرنا فيما تقدم

### ﴿كتاب الرهن﴾

الكلام في هذا الكتاب يقع في مواضع في بيان ركن عقد الرهن وفي بيان شرائط الركن وفي بيان حكم الرهن وفي بيان ما يخرج به الرهن عن كونه رهنا وما يبطل به الركن وما لا يبطل وفي بيان حكم اختلاف الراهن والمرتهن والعدل أما ركن عقد الرهن فهو الأيجاب والقبول وهو أن يقول الراهن رهنتك هذا الشيء بمالك على من الدين أو يقول هذا الشيء رهنيك وما يجري هذا المجرى ويقول المرتهن ارتهنت أو قبلت أو رضيت وما يجري مجراه فأما لفظ الرهن فليس بشرط حتى لو اشترى شيئا بدينارهم ودفع إلى البائع ثوبا وقال له امسك هذا الثوب حتى أعطيك الثمن فالثوب رهن لأنه أنى بمعنى العقد والعبرة في باب العقود للمعاني

﴿فصل﴾ وأما الشرائط فأشياء بعضها يرجع إلى نفس الرهن وبعضها يرجع إلى الراهن والمرتهن وبعضها يرجع إلى المرهون وبعضها يرجع إلى المرهون به (أما) الذي يرجع إلى نفس الرهن فهو أن لا يكون معلقا بشرط ولا مضاعفا إلى وقت لأن في الرهن والارتهان معنى الإيفاء والاستيفاء فيشبه البيع وأنه لا يحتمل التعليق بشرط ولا إضافة إلى وقت كذا هذا (وأما) الذي يرجع إلى الراهن والمرتهن فعقلهما حتى لا يجوز الرهن والارتهان من المجنون والصبي الذي لا يعقل (فأما) البلوغ فليس بشرط وكذا الحرية حتى يجوز من الصبي المأذون والعبد المأذون لأن ذلك من توابع التجارة فيملكه من يملك التجارة ولأن الرهن والارتهان من باب إيفاء الدين واستيفائه وهما يملكان ذلك وكذا السفر ليس بشرط لجواز الرهن فيجوز الرهن في السفر والحضر جميعا لما روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استقرض بالمدينة من يهودي طعاما ورهنه به درعه وكان ذلك رهنا في الحضر ولأن ما شرع له الرهن وهو الحاجة إلى توثيق الدين يوجد في الحاضر وهو الرهن عن تواء الحق بالجحود والانتكار وتذكره عند السهو والنسيان والتنصيص على السفر في كتاب الله تعالى عز وجل ليس لتخصيص الجواز بل هو إخراج الكلام مخرج العادة كقوله تعالى فكانت بهم إن علمتم فيهم خيرا (وأما) الذي يرجع إلى المرهون فأشياء (منها) أن يكون محلا قابلا للبيع وهو أن يكون موجودا وقت العقد مالا مطلقا متقوما مملوكا مملوكا مقدورا للتسليم ونحو ذلك فلا يجوز رهن ما ليس بموجود عند العقد ولا رهن ما يحتمل الوجود والعدم كما إذا رهن ما يثمر نخيله العام أو ما تدر أغنامه السنة أو ما في بطن هذه الجارية ونحو ذلك ولا رهن الميتة والدم لأن عدم ما ليتها ولا رهن صيد الحرم والحرام لأنه ميتة ولا رهن الحر لأنه ليس بمال أصلا ولا رهن أم الولد والمدبر المطلق والمكاتب لأنهم أحرار من وجه فلا يكونون أموالا مطلقة ولا رهن الخمر والخنزير من المسلم سواء كان العاقدان مسلمين أو أحدهما مسلما لأن عدم ما لية الخمر والخنزير في حق المسلم وهذا لأن الرهن إيفاء الدين والارتهان استيفاءه ولا يجوز للمسلم إيفاء الدين من الخمر واستيفاءه إلا أن الراهن إذا كان ذميا كانت الخمر مضمونة على المسلم المرتهن لأن الرهن إذا لم يصبح كانت الخمر بمنزلة المغصوب في يد المسلم وخمر الذي مضمون على المسلم بالغصب وإذا كان الراهن مسلما والمرتهن ذميا لا تكون مضمونة على أحد (وأما) في حق أهل الذمة فيجوز رهن الخمر والخنزير وارتهاهما منهم لأن ذلك مال متقوم في حقهم بمنزلة الخمر والشاة عندنا ولا رهن المباحات من الصيد والخطب والحشيش ونحوها لأنها ليست بمملوكة في أنفسها (فأما) كونه مملوكا للراهن فليس بشرط لجواز الرهن حتى يجوز رهن مال الغير بغير إذنه بولاية شرعية كالأب والوصي برهن مال الصبي بدينه وبدين نفسه لأن الرهن لا يخلو (أما) أن يجري مجرى الأيداع (وأما) أن يجري مجرى المبادلة والأب إلى كل واحد منهما في مال الصغير فإنه يبيع مال الصغير بدين نفسه ويودع مال الصغير فإن هلك الرهن في يد المرتهن قبل أن يفتكه الأب هلك بالأقل من قيمته ومما رهن به لأن الرهن وقع محييا وهذا حكم الرهن الصحيح وضمن الأب قدر ماسقط من الدين بهلاك الرهن لأنه قضى دين نفسه بمال ولده فيضمن فلو أدرك الولد والرهن قائم عند المرتهن فليس

له أن يسترده قبل قضاء القاضى لما ذكرنا أن الرهن وقع صحيحا لوقوعه عن ولايته شرعية فلا يملك الولد نقضه ولكن يؤمر الاب بقضاء الدين ورد الرهن على ولده لزوال ولايته بالبلوغ ولوقضى الولد دين أبيه وانك الرهن لم يكن متبرعا ويرجع بجميع ما قضى على أبيه لانه مضطر الى قضاء الدين اذ لا يمكنه الوصول الى ملكه الا بقضاء الدين كله فكان مضطرا فيه فلم يكن متبرعا بل يكون مأمورا بالقضاء من قبل الاب دلالة فكان له أن يرجع عليه بما قضى كما لو استعار من انسان عبده ليرهنه بدين نفسه فرهن ثم ان المعبر قضى دين المستعير وانك الرهن انه يرجع بجميع ما قضى على المستعير لما قلنا كذا هذا وكذلك حكم الوصى في جميع ما ذكرنا حكم الاب وانما يفتقران في فصل آخر وهو انه يجوز للاب أن يرهن مال الصغير بدين ثبت على الصغير واذا هلك بهلك بالاقبل من قيمته ومن الدين واذا أدرك الولد ليس له أن يسترده اذا كان الاب يشهد على الارتهان وان كان لم يشهد على ذلك لم يصدق عليه بعد الادراك الا بتصدق الولد ويجوز له أن يرهن ماله عند ولده الصغير بدين للصغير عليه وبحسبه لاجل الولد واذا هلك بعد ذلك فيهلك بالاقبل من قيمته ومن الدين اذا كان أشهد عليه قبل الهلاك وان كان لم يشهد عليه قبل الهلاك لم يصدق الا أن يصدق الولد بعد الادراك والوصى لو فعل هذا من اليتيم لا يجوز رهنه ولا ارتهانه أما على أصل محمد فلا يشكل لانه لا يرى بيع مال اليتيم من نفسه ولا شراء ماله لنفسه أصلا فكذلك الرهن وعلى قولهما ان كان يجوز البيع والشراء لكن اذا كان خيرا لليتيم ولا خيره في الرهن لانه يهلك أبدا بالاقبل من قيمته ومن الدين فلم يكن فيه خير لليتيم فلم يجوز رهن مال الغير باذنه كما لو استعار من انسان شيئا ليرهنه بدين على المستعير لما ذكرنا ان الرهن ابقاء الدين وقضاؤه والانسان بسبيل من أن يقضى دين نفسه بغيره بانه ثم اذن المالك بالرهن فاذنه بالرهن لا يخلو اما ان كان مطلقا واما ان كان مقيدا فان كان مطلقا فالمستعير أن يرهنه بالقليل والكثير وبأى جنس شاء وفى أى مكان كان ومن أى انسان أراد ولان العمل باطلاق اللفظ أصل وان كان مقيدا بان سمي قدرا أو جنسا أو مكانا أو انسانا بقتيد به حتى لو اذن له أن يرهنه بعشرة لم يجوز له أن يرهنه بأكثر منها ولا بأقل لان المتصرف باذن يقتيد تصرفه بقدر الاذن والاذن لم يتناول الزيادة فلم يكن له أن يرهن بالاكثر ولا بالاقبل أيضا لان المرهون مضمون والمالك انما جعله مضمونا بالقدر وقد يكون له في ذلك غرض صحيح فكان التقييد به مفيدا وكذلك لو اذن له أن يرهنه بجنس لم يجوز له أن يرهنه بجنس آخر لان قضاء الدين من بعض الاجناس قد يكون أيسر من بعض فكان التقييد بالجنس مفيدا وكذا اذا اذن له أن يرهنه بالكوفة لم يجوز له أن يرهنه بالبصرة لان التقييد بمكان دون مكان مفيد فقتيد بالمكان المذكور وكذا اذا اذن له أن يرهنه من انسان بعينه لم يجوز له أن يرهنه من غيره لان الناس متفاوتون في المعاملات فكان التعيين مفيدا فان خالف في شئ مما ذكرنا فهو ضامن لقيمته اذا هلك لانه تصرف في ملك الغير بغير اذنه فصار غاصبا وللمالك أن يأخذ الرهن من يد المرتهن لان الرهن لم يصح فبقى المرهون في يده بمنزلة المصوب فكان له أن يأخذه منه وليس لهذا المستعير ان ينتفع بالمرهون لا قبل الرهن ولا بعد الا نكالك فان فعل ضمن لانه لم يأذن له الا بالرهن فان انتفع به قبل أن يرهنه ثم رهنه بمثل قيمته برى من الضمان حين رهن ذكره في الاصل لانه لما انتفع به فقد خالف ثم ارهنه فقد عاد الى الوفاق فيبرأ عن الضمان كالمودع اذا عاد الى الوفاق بعد ما خالف في الوديعة بخلاف ما اذا استعار العين لينتفع بها خالف ثم عاد الى الوفاق انه لا يبرأ عن الضمان لان المستعير للانتفاع ليست يده المالك بل يد نفسه حيث تعود المنفعة اليه فلم تكن بالعود الى الوفاق رادا للمال الى يد المالك فلا يبرأ عن الضمان (فأما) المستعير للرهن فيده قبل الرهن يد المالك فاذا عاد الى الوفاق فقد رد المال الى يد المالك فيبرأ عن الضمان واذا قبض المستعير العارية فهلك في يده قبل أن يرهنه فلا ضمان عليه لانه هلك في قبض العارية لا في قبض الرهن وقبض العارية قبض أمانة لا قبض ضمان وكذلك اذا هلك في يده بعد ما افتكه من يد المرتهن لانه لا فتكك من يد المرتهن عادية فكان الهلاك في قبض العارية ولو وكل الراهن معنى المستعير قبض الرهن من المرتهن أحدا فقبضه فهلك في يد القابض فان كان القابض في عياله لم يضمن لان يده كيده

والمالك رضى بيده وان لم يكن في عياله ضمن لان يده ليست كيده فلم يكن المالك راضياً بيده وان هلك في يد المرتهن وقدرهن على الوجه الذي اذن فيه ضمن الرهن للمعير قدر ما سقط عنه من الدين بهلاك الرهن لانه قضى دين نفسه من مال الغير باذنه بالرهن اذ الرهن قضاء الدين ويتعد الرضاء عند الهلاك وكذلك لو دخله عيب فسقط بعض الدين ضمن الرهن ذلك القدر لانه قضى ذلك القدر من دينه بمال الغير فيضمن ذلك القدر فكان المستعير بمنزلة رجل عنده ودية لا نسان قضى دين نفسه بمال الودية باذن صاحبها فاقضى يكون مضموناً عليه ومالم يقبض يكون أمانة في يده فان عجز الرهن عن الافسك فافسكه المالك لا يكون متبرعاً ويرجع بجميع ما قضى على المستعير وذكرا لكرخي أنه يرجع بقدر ما كان على الدين به ولا يرجع بالزيادة عليه ويكون متبرعاً فيها حتى لو كان المستعير رهن بألفين وقيمة الرهن ألف فقضى المالك ألفين فانه يرجع على المستعير بألفين وعلى ما ذكره الكرخي يرجع عليه بألف (وجه) قول الكرخي ان المضمون على المستعير قدر الدين بدليل انه لا يضمن عند الهلاك الا قدر الدين فاذا قضى المالك الزيادة على المقدر كان متبرعاً فيها (وجه) القول الآخر ان المالك مضطر الى قضاء كل الدين الذي رهن به لانه علق ماله عند المرتهن بحيث لا فسك له الا بقضاء كل الدين فكان مضطراً في قضاء الكل فكان مأذوناً فيه من قبل الرهن دلالة كانه وكله بقضاء دينه فقضاء المعير من مال نفسه ولو كان كذلك لرجع عليه بما قضى كذا هذا وليس للمرتهن أن يمنع من قبض الدين من المعير ويجبر على القبض ويسلم الرهن اليه لان له ولاية قضاء الدين لتخص ملكه وازالة العلق عنه فلا يكون المرتهن ولاية الا امتناع من القبض والتسليم فان اختلف الرهن والمعير وقد هلك الرهن فقال المعير هلك في يد المرتهن وقال المستعير هلك قبل أن أرهنه أو بعد ما اقتضيته فالقول قول الرهن مع يمينه لان الضمان انما وجب على المستعير لكونه قاضياً دين نفسه من مال الغير باذنه وهو ينكر القضاء فكان القول قول المنكر ولا يجوز رهن المحمول ولا معجوز التسليم ونحو ذلك مما لا يجوز بيعه والا صل فيه ان كل ما لا يجوز بيعه لا يجوز رهنه وقد ذكرنا جملة ذلك في كتاب البيوع (ومنها) أن يكون مقبوض المرتهن أو من يقوم مقامه والكلام في القبض في مواضع في بيان انه شرط جواز الرهن وفي بيان شرائط صحته وفي تفسير القبض وما هيته وفي بيان أنواعه (اما) الاول فقد اختلف العلماء فيه قال عامة العلماء انه شرط وقياس قول زفر رحمه الله في الهبة أن يكون ركناً كالقبول حتى ان من حلف لا يرهن فلا ناشياً فرهنه ولم يقبضه بحث عندنا وعندنا لا يحنث كما في الهبة والصحيح قولنا لقول الله تبارك وتعالى فرهان مقبوضة ولو كان القبض ركناً لصار مذكوراً بذكر الرهن فلم يكن لقوله تعالى عز شأنه مقبوضة معنى فدل ذلك القبض مقرونًا بذكر الرهن على انه شرط وليس بركن وقال مالك رحمه الله ليس بركن ولا شرط والصحيح قول العامة لقوله تبارك وتعالى فرهان مقبوضة وصف سبحانه وتعالى الرهن بكونه مقبوضاً فيقتضي أن يكون القبض فيه شرطاً صائناً لتجربه تعالى عن الخلف ولانه عقد تبرع للحال فلا يفيد الحكم بنفسه كسائر التبرعات ولو تعاقد ا على أن يكون الرهن في يد صاحبه لا يجوز الرهن حتى لو هلك في يده لا يسقط الدين ولو اراد المرتهن أن يقبضه من يده ليجبسه رهناً ليس له ذلك لان هذا شرط فاسد ادخله في الرهن فلم يصح الرهن ولو تعاقد ا على أن يكون في يد العدل وقبضه العدل جاز ويكون قبضه كقبض المرتهن وهذا قول العامة وقال ابن أبي ليلى لا يصح الرهن الا بقبض المرتهن والصحيح قول العامة لقوله تبارك وتعالى فرهان مقبوضة من غير فصل بين قبض المرتهن والعدل ولان قبض العدل رضا المرتهن قبض المرتهن معنى ولو قبضه العدل ثم تراضيا على أن يكون الرهن في يد عدل آخر ووضعه في يده جاز لانه جاز وضعه في يد الاول لتراضيهما فيجوز وضعه في يد الثاني بتراضيهما وكذا اذا قبضه العدل ثم تراضيا على أن يكون في يد المرتهن ووضعه في يده لانه جاز وضعه في يد المرتهن ثم تراضيا على أن يكون في يد الرهن ووضعه في يده جاز لان القبض الصحيح للعقد قد وجد وقد خرج الرهن من يده فبعد ذلك يده ويد الاجنبي سواء ولو رهن رهناً وسلط عدلاً على بيعه عند الحل فلم يقبض حتى حل الاجل فالرهن باطل لان صحته بالقبض والبيع صحيح لان حجة

التوكيل لا تقف حخته على القبض فصيح البيع وان لم يصح الرهن وكذلك لو رهن مشاعا وسلطه على بيعه فالرهن باطل  
والو كالة صحيحة لما ذكرنا ولو جعل عدلا في الامسك وعدلا في البيع جاز لان كل واحد منهما امر مقصود فيصح  
افراذه بالتوكيل (وأما) بيان شرائط حخته فأشياء (منها) أن يكون باذن الراهن لما ذكرنا في الهبة ان الاذن بالقبض شرط  
صحته فيما له بدون القبض وهو البيع فلان يكون شرطاً فيما لا صحة له بدون القبض أولى ولان القبض في هذا الباب  
يشبه الركن كما في الهبة في شبهه القبول وذلك لا يجوز من غير رضا الراهن كذا هذا ثم نقول الاذن نوعان نص وما يجري  
بحري النص دلالة فالاول نحو أن يقول أذنت له بالقبض أو رضيت به أو قبض وما يجري هذا الجري فيجوز قبضه  
سواء قبض في المجلس أو بعد الافتراق استحسانا وقياس قول زفر في الهبة ان لا يجوز بعد الافتراق والثاني نحو أن  
يقبض المرتهن بحضرة الراهن فيسكت ولا ينهيه فيصح قبضه استحسانا وقياس قول زفر في الهبة أن لا يصح كما  
لا يصح بعد الافتراق لان القبض عنده ركن بمنزلة القبول فلا يجوز من غير اذن كالقبول وصار كالبيع الصحيح بل  
أولى لان القبض ليس بشرط لصحته وانه شرط لصحة الرهن (وجه) الاستحسان انه وجد الاذن ههنا دلالة  
الاقدام على ايجاب الرهن لان ذلك دلالة القصد الى ايجاب حكمه ولا يثبت لحكمه الا بالقبض ولا صحة للقبض بدون  
الاذن فكان الاقدام على الايجاب دلالة الاذن بالقبض والاقدام دلالة الاذن بالقبض في المجلس لا بعد الافتراق فلم  
يوجد الاذن هناك نصاً ودلالة بخلاف البيع لان البيع الصحيح بدون القبض فلم يكن الاقدام على ايجابه دليل  
القبض فلا يكون دليل الاذن فهو الفرق ولو رهن شيئاً متصلاً بما لم يقع عليه الرهن كالثمن المعلق على الشجر ونحوه مما  
لا يجوز الرهن فيه الا بالفصل والقبض ففصل وقبض فان قبض بغير اذن الراهن لم يجز قبضه سواء كان الفصل  
والقبض في المجلس أو في غيره لان الايجاب ههنا لم يقع صحيحاً فلا يستدل به على الاذن بالقبض وان قبض باذنه  
فالقياس أن لا يجوز وهو قول زفر وفي الاستحسان جائز بناء على أصل ذكرناه في الهبة والله الموفق (ومنها) الحيابة  
عندنا فلا يصح قبض المشاع وعند الشافعي رحمه الله ليس بشرط وقبض المشاع صحيح (وجه) قوله ان الشياع  
لا يقدح في حكم الرهن ولا في شرطه فلا يمنع جواز الرهن ودلالة ذلك ان حكم الرهن عنده كون المرتن أحق ببيع  
المرهون واستيفاء الدين من بدله على ما ذكر والشيوخ لا يمنع جواز البيع وشرطه هو القبض وانه ممكن في النصف  
الشائع بتخلية الكل (ولنا) ان قبض النصف الشائع وحده لا يتصور والنصف الآخر ليس بمرهون فلا يصح قبضه  
وسواء كان مشاعاً يحتمل القسمة أو لا يحتملها لان الشيوع يمنع تحقق قبض الشائع في النوعين جميعاً بخلاف الهبة فان  
الشيوع فيها لا يمنع الجواز فيما لا يحتمل القسمة لان المانع هناك ضمان القسمة على ما ذكرنا في كتاب الهبة وانه  
يخص المقتوم وسواء رهن من أجنبي أو من شريك على ما ذكرنا ان شاء الله تعالى وسواء كان مقارناً للعقد أو طرأ عليه  
في ظاهر الرواية وروى عن أبي يوسف ان الشيوع الطارئ على العقد لا يمنع بقاء العقد على الصحة صورته اذا  
رهن شيئاً وسلط المرتن أو العدل على بيعه كيف شاء محتمماً أو متفرقاً فباع نصفه شائعاً أو استحق بعض الرهن  
شائعاً (وجه) رواية أبي يوسف ان حال البقاء لا يقاس على حال الابتداء لان البقاء أسهل من حكم الابتداء لهذا الفرق  
الشرع بين الطارئ والمقارن في كثير من الاحكام كالعدة الطارئة والابق الطارئ ونحو ذلك فكون الحيابة شرطاً  
في ابتداء العقد لا يدل على كونها شرط البقاء على الصحة (وجه) ظاهر الرواية ان المانع في المقارن كون الشيوع مانعاً  
عن تحقق القبض في النصف الشائع وهذا المعنى موجود في الطارئ فيمنع البقاء على الصحة ولو رهن رجلان رجلاً  
عبد ابدين له عليهما رهناً واحداً جاز وكان كل رهنا بكل الدين حتى ان للمرتن أن يمسكه حتى يستوفي كل الدين واذا  
قضى أحدهما دينه لم يكن له أن يأخذ نصيبه من الرهن لان كل واحد منهما رهن كل العبد باعليه من الدين لا نصفه  
وان كان المملوك منه لكل واحد منهما النصف لما ذكرنا أن كون المرهون مملوك الراهن ليس بشرط لصحة الرهن  
فانه يجوز رهن مال الغير باذنه لما بينا واقدمهما على رهنه صفقة واحدة دلالة الاذن من كل واحد منهما فصار كل العبد



رهنًا بكل الدين ولا استحالة في ذلك لأن الرهن حبس وليس يمتنع أن يكون المبدل الواحد محبوسًا بكل الدين فلم يكن هذا رهنًا للشائع فجاز وليس لأحدهما أن يأخذ نصيبه من المبدل إذا قضى ما عليه من الدين لأن كله رهون بكل الدين فما بقي شيء من الدين بقي استحقاق الحبس وكذلك إذا رهن رجل رجلين بدين لهما عليه وهما شركاء بينهما جاز وإذا قضى الراهن دين أحدهما لم يكن له أن يقبض شيئًا من الرهن لأنه رهن كل العبد بدين كل واحد منهما وكل العبد يصلح رهنًا بدين كل واحد منهما على الكمال كأن ليس معه غيره لما ذكرنا وهذا بخلاف الهبة من رجلين على أصل أي حنيفة عليه الرحمة أنها غير جائزة لأن الهبة تملك وتمليك شيء واحد من اثنين من كل واحد منهما على الكمال محال والمأفل لا يقصد بتصرفه المحال فاما الرهن فحبس ولا استحالة في كون الشيء الواحد محبوسًا بكل واحد من الدينين فهو الفرق بين الفصلين غير أنه وإن كان محبوسًا بكل واحد من الدينين لكنه لا يكون مضمونًا بالحبسة حتى لو هلك تنقسم قيمته على الدينين فيسقط من كل واحد منهما قدره لأن المرتهن عند هلاك الرهن يصير مستوفيًا الدين من مالية الرهن وأنه لا يفي لاستيفاء الدينين وليس أحدهما بأولى من الآخر فيقسم عليهما فيسقط من كل واحد منهما قدره وعلى هذا يخرج حبس المبيع بأن اشترى رجلان من رجل شيئاً فأدى أحدهما حصته من الثمن لم يكن له أن يقبض شيئاً من المبيع وكان للبائع أن يحبس كله حتى يستوفي ما على الآخر لأن كل المبيع محبوس بكل الثمن فما بقي جزء من الثمن بقي استحقاق حبس كل المبيع ولو رهن بيتا بعينه من دار أو رهن طائفة معينة من دار جاز لأن عدم الشئوع وعلى هذا الأصل تخرج زيادة الدين على الرهن أنها لا تجوز عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وجملة الكلام في الزيادات أنها أنواع أربعة زيادة الرهن وهي نماء كالولد واللبن والتمر والصوف وكل ما هو متولد من الرهن أو في حكم المتولد منه بأن كان بدل جزء فائت أو بدل ما هو في حكم الجزء كالارث والعقرو زيادة الرهن على أصل الرهن كما إذا رهن بالدين جارية ثم زاد عبدًا أو غير ذلك رهنًا بذلك الدين وزيادة الرهن على نماء الرهن كما إذا رهن بالدين جارية فولدت ولدًا ثم ماتت الجارية ثم زاد رهنًا على الولد وزيادة الدين على الرهن كما إذا رهن عبدًا بألف ثم أن الراهن استقرض من المرتهن ألفًا أخرى على أن يكون العبد رهنًا بالأول والزيادة جميعًا (أما) زيادة الرهن فرهونة عندنا على معنى أنه يثبت حكم الأصل فيها وهو استحقاق الحبس على طريق الزوم وعند الشافعي رحمه الله ليست برهونة أصلاً والمسئلة تأتي في بيان حكم الرهن أن شاء الله تعالى (وأما) زيادة الرهن فحائزة استحسانًا والقياس أن لا يجوز وهو قول زفر رحمه الله وهو على اختلاف الزيادة في الثمن والمثمن وقد مررت المسئلة في كتاب البيوع (وأما) زيادة الرهن على نماء الرهن بعد هلاك الأصل فهي موقوفة أن يبقى الولد إلى وقت الفسك جازت الزيادة وإن هلك لم تجز لأنها إذا هلكت تبين أنها حصلت بعد سقوط الدين وقيام الدين شرط صحة الزيادة (وأما) زيادة الدين على الرهن فهي على الاختلاف الذي ذكرناه لا يجوز عند أبي حنيفة ومحمد وأبي يوسف جائزة (وجه) قوله أن الدين في باب الرهن كالثمن في باب البيع بدليل أنه لا يصح الرهن إلا بالدين كما لا يصح البيع إلا بالثمن ثم هناك جازت الزيادة في الثمن والمثمن جميعًا فكذلكها تجوز الزيادة في الرهن والدين جميعًا والجامع بين البابين أن الزيادة عندنا تلتحق بأصل العقد كان العقد ورد على الأصل والزيادة جميعًا فيصير كأنه رهن بالدين عديد ابتداءً وذا جائز كذا هذا (وجه) قوله أن هذه الزيادة لو حلت لا وجبت الشئوع في الرهن وأنه يمنع صحة الرهن ودلالة ذلك أنها لو حلت لصار بعض العبد بمقتضى فلا يخلو (أما) أن يصير ذلك البعض بمقابلة الزيادة مع بقاءه مشغولًا بالأول (وأما) أن يفرغ من الأول ويصير مشغولًا بالزيادة لا سبيل إلى الأول لأن المشغول بشيء لا يحتمل الشغل بغيره ولا سبيل إلى الثاني لأنه رهن بعض العبد بالدين وهذا رهن المشاع فلا يجوز كما إذا رهن عبدًا واحدًا بدينين مختلفين لكل واحد منهما بعضه بخلاف زيادة الرهن على أصل الرهن لأن الزيادة هناك لا تؤدي إلى شئوع الرهن بل إلى شئوع الدين لأن قبل الزيادة كان العبد بمقابلة كل الدين وبعد الزيادة صار كله بمقابلة بعض الدين والعبد والزيادة بمقابلة البعض الآخر فراجع

الشيوع الى الدين لا الى الرهن والشيوع في الدين لا يمنع صحة الرهن وفي الرهن يمنع صحته ألا ترى لو رهن عبدا بنصف الدين جاز ولو رهن نصف العبد بالدين لم يحجز لذلك افترق حكم الزياتين ولو رهن مشاعا فقسم وسلم جاز لان العقد في الحقيقة موقوف على القسمة والتسليم بعد القسمة فإذا وجد فقد زال المانع من النفاذ فينفذ (ومنها) أن يكون المرهون فارغا عما ليس بمرهون فإن كان مشغولا به بأن رهن دارا فيها متاع الراهن وسلم الدار أو سلم الدار مع ما فيها من المتاع أو رهن جوالا دون ما فيه وسلم الجوال أو سلمه مع ما فيه لم يحجز لان معنى القبض هو التخليص الممكنة من التصرف ولا يتحقق مع الشغل ولو أخرج المتاع من الدار ثم سلمها فارغة جاز وينظر الى حال القبض لا الى حال العقد لان المانع هو الشغل وقد زال فينفذ كما في رهن المشاع ولو رهن المتاع الذي فيها دون الدار وخلى بينه وبين الدار جاز بخلاف ما إذا رهن الدار دون المتاع لان الدار تكون مشغولة بالمتاع فاما المتاع فلا يكون مشغولا بالدار فيصح قبض المتاع ولم يصح قبض الدار ولو رهن الدار والمتاع والذي فيها صفقة واحدة وخلى بينه وبينهما وهو خارج الدار جاز الرهن فيهما جميعا لانه رهن الكل وسلم الكل وصح تسليمهما جميعا ولو فرق الصفقة فيهما بأن رهن أحدهما ثم الآخر فإن جمع بينهما في التسليم صح الرهن فيهما جميعا (أما) في المتاع فلا شك فيه لما ذكرنا ان المتاع لا يكون مشغولا بالدار (وأما) في الدار فلا مانع وهو الشغل قد زال وان فرق بأن رهن أحدهما وسلم ثم رهن الآخر وسلم لم يحجز الرهن في الدار وجاز في المتاع سواء قدم أو أخر بخلاف الهبة فإن هناك راعي فيه الترتيب ان قدم هبة الدار لم يحجز الهبة في الدار وجازت في المتاع كما في الرهن وان قدم هبة المتاع جازت الهبة فيهما جميعا (أما) في المتاع فلا نه غير مشغول بالدار (وأما) في الدار فلا نه وان كانت مشغولة وقت القبض لكن بمتاع هو ملك الموهوب له فلم يمنع صحة القبض وهنا الدار مشغولة بمتاع هو ملك الراهن فيمنع صحة القبض فهو الفرق ولو رهن دارا والراهن والمرتهن في جوف الدار فقال الراهن سامتها اليك لم يصح التسليم حتى يخرج من الدار ثم يسلم لان معنى التسليم وهو التخليص لا يتحقق مع كونه في الدار فلا بد من تسليم جديد بعد الخرج منها ولو رهن دابة عليها حمل دون الحمل لم يتم الرهن حتى يلقى الحمل عنها ثم يسلمها الى المرتهن ولو رهن الحمل دون الدابة ودفعها اليه كان رهنا تاما في الحمل لان الدابة مشغولة بالحمل اما الحمل فليس مشغولا بالدابة كما في رهن الدار التي فيها المتاع بدون المتاع والذي في الدار بدون الدار ولو رهن سر جاعلي دابة أو لجاما في رأسها أو رسنا في رأسها فدفعت اليه الدابة مع اللجام والسرج والرسن لم يكن رهنا حتى ينزعه من رأس الدابة ثم يسلم بخلاف ما إذا رهن متاعا في الدار لان السرج ونحوه من توابع الدابة فلم يصح رهنها بدون الدابة كيلا يصح رهن الثمر بدون الشجر بخلاف المتاع فإنه ليس تبع للدار ولهذا قالوا لو رهن دابة عليها سرج أو لجام دخل ذلك في الرهن بحكم التبعية وعلى هذا يخرج ما إذا رهن جارية واستثنى ما في بطنها أو بهيمة واستثنى ما في بطنها أنه لا يجوز الاستثناء ولا العقد أما الاستثناء فلا نه لوجاز لكان المرهون مشغولا بما ليس بمرهون وأما العقد فلا نه استثناء ما في البطن بمنزلة الشرط الفاسد والرهن تبطله الشرط الفاسد كالبيع بخلاف الهبة ولو أعتق ما في بطن جاريته ثم رهن الام أو دبر ما في بطنها ثم رهن الام فالكلام فيه كالكلام في الهبة وقد مر الكلام في الهبة ومنها ان يكون المرهون منفصلا متميزا عما ليس بمرهون فإن كان متصلا به غير متميز عنه لم يصح قبضه لان قبض المرهون وحده غير ممكن والمتصل به غير مرهون فاشبهه رهن المشاع وعلى هذا الاصل يخرج ما إذا رهن الارض بدون البناء أو بدون الزرع والشجر أو الزرع والشجر بدون الارض أو الشجر بدون الثمر أو الثمر بدون الشجر انه لا يجوز سواء سلم المرهون بتخليص الكل أولا لان المرهون متصل بما ليس بمرهون وهذا يمنع صحة القبض ولو وجد الثمر وحصد الزرع وسلم منه فصلا جاز لان المانع من النفاذ قد زال ولو جمع بينهما في عقد الرهن فرهنهما جميعا وسلم متفرقا جاز وان فرق الصفقة بأن رهن الزرع ثم الارض أو الارض ثم الزرع ينظر ان جمع بينهما في التسليم جاز الرهن فيهما جميعا وان فرق لا يجوز فيهما جميعا سواء قدم أو أخر بخلاف الفصل الاول لان المانع في الفصلين مختلف

فالمانع من صحة القبض في هذا الفصل هو الاتصال وأنه لا يختلف والمانع من صحة القبض في الفصل الأول هو الشغل وأنه يختلف مثال هذا إذا رهن نصف داره مشاعاً من رجل ولم يسلم إليه حتى رهنه النصف الباقي وسلم الكل أنه يجوز ولو رهن النصف وسلم ثم رهن النصف الباقي وسلم لا يجوز كذا هذا وعلى هذا إذا رهن صوماً على ظهر غنم بدون الغنم أنه لا يجوز لأن المرهون متصل بما ليس بمرهون وهذا يمنع صحة القبض ولو جوزه وسأله جازلان المانع قد زال وعلى هذا أيضاً إذا رهن دابة عليها حمل بدون الحمل لا يجوز ولو رفع الحمل عنها وسأله فارغه جازلان قلنا بخلاف ما إذا رهن مافي بطن جاريته أو مافي بطن غنمه أو مافي ضرعها أو رهن سمنافى لبن أو دهنافى سمس أو زيتافى زيتون أو دقيفاً فى حنطة أنه يبطل وإن سألته على قبضه عند الولادة أو عند استخراج ذلك فقبض لأن العقد هناك لم ينقد أصلاً لعدم الحمل لكونه مضافاً إلى المعدوم ولهذا لم ينقد البيع المضاف إليها فكذا الرهن أما هنا فالعقد منقذ موقوف فإذاه على صحة التسليم بالفصل والتميز فإذا وجد فقد زال المانع ولو رهن الشجر بمرأضه من الأرض جازلان قبضه ممكن ولو رهن شجرة أو فيه ثم لم يسلمه فى الرهن دخل فى الرهن بخلاف البيع أنه لا يدخل الثمر فى بيع الشجر من غير تسمية لأنه قصد تصحيح الرهن ولا صحة له بدون القبض ولا صحة للقبض بدون دخول ما هو متصل به فيدخل تحت العقد تصحيحه بخلاف البيع فإنه يصبح فى الشجر بدون الثمر ولا ضرورة إلى ادخال الثمر للتصحيح ولو قال رهنك هذه الدار أو هذه الأرض أو هذا الكرم وأطلق القول ولم يخص شيئاً دخل فيه كل ما كان متصلاً به من البناء والعرس لأن ذلك يدخل فى البيع مع أن القبض ليس من شرط صحته فلان يدخل فى الرهن أولى إلا أنه يدخل فيه الزرع والثمر ولا يدخل فى البيع لما ذكرنا بخلاف المتاع أنه لا يدخل فى رهن الدار ويدخل الثمر فى رهن الشجر لأن الثمر تابع للشجر والمتاع ليس بتابع للدار ولو استحق بعض المرهون بعد صحة الرهن بنظر إلى الباقي أن كان الباقي بعد الاستحقاق مما يجوز رهنه ابتداءً لا يفسد الرهن فيه وإن كان مما لا يجوز رهنه ابتداءً ففسد الرهن فى الكل لأنه لما استحق بعضه تبين أن العقد لم يصبح فى القدر المستحق وأنه لم يقع الأعلى الباقي فكان رهن هذا القدر ابتداءً فينظر فيه أن كان محلاً لا ابتداءً الرهن يبق الرهن فيه ولا يفسد فى الكل كما لو رهن هذا القدر ابتداءً إلا أنه إذا بقى الرهن فيه ببقى بحصته حتى لو هلك الباقي بهلك بحصته من الدين وإن كان فى قيمته وفاء بجميع الدين ولا يذهب جميع الدين وإذا رهن الباقي ابتداءً وفيه وفاء بالدين فهلك بهلك بجميع الدين وإن شئت أن تجعل الحياة شرطاً مفرداً وخرجت المشاع على هذا الأصل لأنه مرهون متصل بما ليس بمرهون حقيقة فكان تحريره عليه مستقيماً فافهم ومنها أهلية القبض وهى العقل لأنه يثبت به أهلية الركن وهو الإيجاب والقبول فلان تثبت به أهلية الشرط أولى وأما تفسير القبض فالتعبض عبارة عن التخلي وهو التمكن من إثبات اليد وذلك بارتجاع الموانع وأنه يحصل بخلية الراهن بين المرهون والمرتهن فإذا حصل ذلك صار الراهن مسلماً والمرتهن قابضاً وهذا جواب ظاهر الرواية وروى عن أبى يوسف أنه يشترط معه النقل والتحويل فلم يوجد لا يصير قابضاً وجه هذه الرواية أن القبض شرط صحة الرهن قال الله تبارك وتعالى فإمّا من قبضة ومطلق القبض ينصرف إلى القبض الحقيقى ولا يتحقق ذلك إلا بالنقل فاما التخلي فقبض حكماً لا حقيقة فلا يكتفى به وجه ظاهر الرواية أن التخلي بدون النقل والتحويل قبض حقيقى فى باب البيع قبض العرف فان القبض رد على ما لا يحتمل النقل والتحويل من الدار والمعار يقال هذه الأرض أو هذه القرية أو هذه الولاية فى يد فلان فلا يفهم منه إلا التخلي وهو التمكن من التصرف وأما الشرع فان التخلي فى باب البيع قبض بالاجماع من غير نقل وتحويل دل أن التخلي بدون النقل والتحويل قبض حقيقة وشريعة فيكتفى به وأما بيان أنواع القبض فنقول وبالله التوفيق القبض نوعان نوع بطريق الاصلية ونوع بطريق النيابة أما القبض بطريق الاصلية فهو أن يقبض بنفسه لنفسه وأما القبض بطريق النيابة فنوعان نوع يرجع إلى القابض ونوع يرجع إلى نفس القابض أما الذى يرجع إلى القابض فنحو قبض الأب والوصى عن الصبي وكذا قبض العدل يقوم مقام قبض

المرتبه حتى لو هلك الرهن في يده كان الهلاك على المرتبه لان نفس القبض مما يحتمل النياية ولان قبض الرهن قبض  
استيفاء الدين واستيفاء الدين مما يحتمل النياية وأما الذي يرجع الى نفس القبض فهو ان المرهون اذا كان مقبوضا  
عند العقد فهل ينوب ذلك عن قبض الرهن فالاصل فيه ما ذكرنا في كتاب البيوع والهبة ان القبضين اذا تبا نسا ناب  
أحدهما عن الآخر واذا اختلفا ناب الا على عن الادنى وقد بينا فقه هذا الاصل وفروعه فيما تقدم وان شئت  
عددت الحيازة والقراغ والتميز من شرائط نفس العقد قللت ومن شرائط صحة العقد ان يكون المرهون محوزا عندنا  
وبنيت المشاع عليه وان شئت قللت ومنها دوام القبض عندنا وعند الشافعي رحمه الله ليس بشرط وبنيت عليه  
المشاع (ولنا) في اثبات هذا الشرط دليلان أحدهما قوله تعالى فراهان مقبوضة أخبر الله سبحانه وتعالى ان المرهون  
مقبوض فيقتضي كونه مقبوضا مادام مرهونا لان اخباره سبحانه وتعالى لا يحتمل الخلف والشيعي يمنع دوام القبض  
فيمنع صحة الرهن والثاني ان الله تبارك وتعالى سماه رهنا وكذا يسمى رهنا في متعارف اللغة والشرع والرهن حبس في  
اللغة قال الله تبارك وتعالى كل نفس بما كسبت رهينة أي حبيسة بكسبها فيقتضي ان يكون محبوسا مادام مرهونا  
والشيعي يمنع دوام الحبس فيمنع جواز الرهن وسواء كان فها يحتمل القسمة أو فيا لا يحتملها لان الشيعي يمنع ادامة  
القبض فيهما جميعا وسواء كان الشيعي مقارنا أو طارئا في ظاهر الرواية لان كل ذلك يمنع دوام القبض وسواء كان  
الرهن من أجنبي أو من شريك لانه لو جاز لا مسكه الشريك يوما يحكم الملك ويوما يحكم الرهن فتختلف جهة القبض  
والحبس فلا يدوم القبض والحبس من حيث المعنى ويصير كانه رهنه يوما ولا يؤا لا يجوز وعلى هذا أيضا  
يخرج رهن ما هو متصل بعين ليس بمرهون لان اتصاله بعين المرهون يمنع من ادامة القبض عليه وانه شرط جواز  
الرهن ومنها ان يكون فارغا ما ليس بمرهون ومنها ان يكون منفصلا مما عا ليس بمرهون وخرجت على كل واحد  
منهما مسائل التي ذكرنا فافهم (وأما) الذي يرجع الى المرهون به فأنواع منها ان يكون مضمونا والكلام في هذا الشرط  
يقع في موضعين أحدهما في أصل اشتراط الضمان والثاني في صفة المضمون أما الاول فاصل الضمان هو كون  
المرهون به مضمونا شرط جواز الرهن لان المرهون عندنا مضمون بمعنى سقوط الواجب عندهلاك أو بمعنى  
استيفاء الواجب ولست انفي بالمضمون سوى ان يكون واجب التسليم على الراهن والمضمون نوعان دين وعين أما  
الدين فيجوز الرهن به بأي سبب وجب من الاتلاف والعصب والبيع ونحوها لان الديون كلها واجبة على اختلاف  
أسباب وجوبها فكان الرهن به رهنا بمضمون فيصح وسواء كان مما يحتمل الاستبدال قبل القبض أو لا يحتمله  
كرأس مال السلم وبدل الصرف والمسلم فيه وهذا عند أصحابنا الثلاثة وقال زفر لا يجوز الرهن بهذه الديون وجه  
قوله ان سقوط الدين عند هلاك الرهن بطريق الاستبدال على معنى ان عين الدين تصير بدلا عن الدين لا بطريق  
الاستيفاء لان الاستيفاء لا يتحقق الا عند المجانسة والرهن مع الدين يكونان مختلفي الجنس عادة فلا يكون القول  
بالسقوط بطريق الاستيفاء فتعين ان يكون بطريق الاستبدال فيختص جواز الرهن مما يحتمل الاستبدال وهذه  
الديون كما لا يجوز استبدالها فلا يجوز الرهن بها (ولنا) ان السقوط بطريق الاستيفاء لما نذكر في حكم الرهن ان شاء  
الله تعالى واستيفاء هذه الديون ممكن وأما قوله الاستيفاء يستدعي المجانسة قلنا المجانسة ثابتة من وجه لان الاستيفاء  
يقع بمالية الرهن لا بصورته والاموال كلها فيما يرجع الى معنى المالية جنس واحد وقد يسقط اعتبار المجانسة من  
حيث الصورة ويكتفي بمطلق المالية للحاجة والضرورة كما في اتلاف ما لا مثل له من جنسه وقد تحققت الضرورة في باب  
الرهن لحاجة الناس الى توثيق ديونهم من جانب الاستيفاء فامكن القول بالاستيفاء واذا جاز الرهن بهذه الديون فان هلك  
الرهن في المجلس ثم الصرف والسلم لانه صار مستوفيا عين حقه في المجلس لا مستبدلا وان لم يملك حتى افترا بطلا  
لقوات شرط البقاء على الصحة وهو القبض في المجلس وأما العين فتقول لا خلاف في انه لا يجوز الرهن بالعين التي هي  
أمانة في يد الراهن كالوديعة والمارية ومال المضاربة والبضاعة والشركة والمستأجر ونحوها فانها ليست بمضمونة أصلا

وأما العين المضمونة فنوعان نوع هو مضمون بنفسه وهو الذي يجب مثله عند هلاكه أن كان له مثل وقيمته أن لم يكن له مثل كالمغصوب في يد الغاصب والمهر في يد الزوج وبدل الخلع في يد المرأة وبدل الصلح عن دم العمد في يد العاقلة ولا خلاف في أنه يجوز الرهن به وللمرته أن يحبس الرهن حتى يسترد العين فإن هلك المهر في يده قبل استرداد العين والعين قائمة يقال للراهن سلم العين إلى المرتهن وخذ منه الأقل من قيمة الرهن ومن الدين لأن المهر عندنا مضمون بذلك فإذا وصل إليه العين يجب عليه رد قدر المضمون إلى الراهن فإن هلكت العين والرهن قائم صار الرهن بهارناً بقيمتها حتى وهلك الرهن بعد ذلك يهلك مضموناً بالأقل من قيمته وقيمة العين لأن قيمة العين بدله أو بدل الشيء قائم مقامه كأنه هو وأما الذي هو مضمون بغيره لا بنفسه كالبيع في يد البائع ليس هو مضموناً بنفسه إلا ترى أنه لو هلك في يده لا يضمن شيئاً بل هو مضمون بغيره وهو الثمن حتى يسقط الثمن المشتري إذا هلك فهل يجوز الرهن به ذكر في كتاب الصرف أنه يجوز وله أن يحبسه حتى يقبض المبيع وأن هلك في يده قبل القبض يهلك بالأقل من قيمته ومن قيمة المبيع ولا يصير قابضاً للمبيع بهلاكه وله أن يقبض المبيع إذا أو في ثمنه وعليه أيضاً ضمان الأقل بهلاك الرهن ولو هلك المبيع قبل القبض والرهن قائم بطل البيع لأن اهلاك المبيع قبل القبض يوجب بطلان المبيع وعلى المشتري أن يرد الرهن على البائع ولو هلك في يده قبل الرده هلك بضمانه وهو الأقل من قيمته ومن قيمة المبيع للبائع ولا يبطل ضمانه بهلاك المبيع وبطلان البيع لأنه وإن هلك المبيع فقد سقط الثمن بمقابله فكان بطلانه عوض فلا يبطل ضمانه وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه لا يصح الرهن به اخذ الكرخي وجه رواية الحسن أن قبض الرهن قبض استيفاء المهر ون لا يتحقق معنى الاستيفاء في المضمون بغيره لأن المشتري لا يصير مستوفياً شيئاً بهلاك الرهن إنما يسقط عنه الثمن لا غير (وجه) ظاهر الرواية أن الاستيفاء هنا يحصل من حيث المعنى لأن المبيع قبل القبض أن لم يكن مضموناً بالقيمة فهو مضمون بالثمن ألا ترى أنه لو هلك يسقط الثمن عن المشتري فكان سقوط الثمن عنه كالعوض عن هلاك المبيع فيحصل مستوفياً ما لية المبيع من الرهن من حيث المعنى فكان في معنى المضمون بنفسه فيصح الرهن به ولو تزوج امرأة على دراهم بعينها أو اشترى شيئاً بدراهم بعينها فاعطى بهارناً لم يحز عند أصحابنا الثلاثة رضي الله عنهم وعند زفر يجوز بناء على أن الدراهم والدنانير لا تتعين في عقود المعاوضات وإن عينت فكان الواجب على الراهن مثلاً لا عينها فلم يكن العين مضموناً فلم يحز الرهن به وعنده يتعين بالتعيين بمنزلة العوض فكان العين مضموناً فجاز الرهن به ولا يجوز الرهن بالكفالة بالنفس لأن المكفول به ليس بمضمون على الكفيل ألا ترى أنه لو هلك لا يجب على الراهن شيء ولا يسقط عن المرتهن بمقابله ولا يجوز الرهن بالشفعة لأن الشفعة ليست بمضمونة على المشتري بدليل أنه لو هلك لا يجب عليه شيء ولا يسقط عن المرتهن بشيء بمقابله فكان رهناً بما ليس بمضمون فلم يحز ولا يجوز الرهن بالعبد الجاني والعبد المديون لأنه لو هلك لا يجب على المولى شيء ولا يسقط عن المرتهن شيء بمقابله فلم يكن مضموناً أصلاً فلا يصح الرهن به ولا يجوز الرهن باجرة النأحة والمغنية بأن استأجر مغنية أو نأحة وأعطاهما بالاجرة رهناً لأن الاجرة لم تصح فلم تجب الاجرة فكان رهناً بما ليس بمضمون فلم يحز ولو دفع إلى رجل رهناً ليقرضه فهلك الرهن قبل أن يقرضه يهلك مضموناً بالأقل من قيمته ومما سمي من القرض وإن حصل الارتهان بما ليس بمضمون لكنه في حكم المضمون لأنه قبض الرهن ليقرضه فكان قبض الرهن على جهة الضمان والمقبوض على جهة شيء كالمقبوض على حقيقة في الشرع كالمقبوض على سوم الشراء (وأما) صفة المضمون فنوعان (أحدهما) متفق عليه (والثاني) مختلف فيه أما المتفق عليه هو أن يكون مضموناً في الحال فلا يصح الرهن بما يصير مضموناً في الثاني كالرهن بالدرك بأن باع شيئاً وقبض الثمن وسلم المبيع إلى المشتري فخاف المشتري الاستحقاق فأخذ بالثمن من البائع رهناً قبل الدرك لا يجوز حتى لا يملك الحبس سواء وجد الدرك أو لم يوجد ولو هلك يهلك أمانة سواء وجد الدرك أو لم يوجد وكذا الرهن بما يثبت له على الراهن في المستقبل لا يجوز بخلاف الكفالة فإن الكفالة بما يصير مضموناً في

الثاني جائزة كما اذا كفل بما يذوب له على فلان ونحو ذلك لان الارتهان استيفاء من وجه الحال ولا شيء للحال يستوفى واستيفاء المعدوم محال بخلاف الكفالة ولان الرهن والارتهان لما كان من باب الايفاء والاستيفاء أشبه البيع فلا يحتمل الاضافة الى المستقبل كالبيع ولان القياس يأبى جوازهما جميعاً لان كل واحد منهما يستدعى مضمونا الا أن الجواز في الكفالة لتعامل الناس ولا تعامل في الرهن فيبقى الامر فيه على أصل القياس وبخلاف ما اذا دفع الى انسان رهنا ليقضه ان الرهن يكون مضمونا وان كان ذلك رهنا بما ليس بمضمون في الحال لان له حكم المضمون وان لم يكن مضمونا حقيقة لوجود القبض على جهة الضمان والمقبوض على جهة شيء بمنزلة المقبوض على حقيقة كالمقبوض على سوم الشراء ولم يوجد هنا ولو قال لا خرضمنت لك مالك على فلان اذا حل يجوز أخذ الكفيل والرهن به ولو قال اذا قدم فلان فانا ضامن مالك عليه لم يجوز أخذ الرهن به ويجوز أخذ الكفيل والفرق ان في المسئلة الاولى الكفالة والرهن كل واحد منهما أضيف الى مضمون في الحال لان الدين المؤجل واجب قبل حلول الاجل على طريق التوسع وانما تأثير التأجيل في تأخير المطالبة بخلاف الرهن بضمان الدرك لانه لا مضمون هناك للحال ولا ماله حكم المضمون بخلاف ما اذا قال اذا قدم فلان فانا ضامن مالك عليه لان ذلك تعليق الضمان بقدم فلان فكان عدم ما قبل وجود الشرط فلم توجد الاضافة الى مضمون للحال فبطل الرهن وصحت الكفالة لانه لا تستدعى مضمونا في الحال بل في الجملة على ما مر وأما المختلف فيه فهو ان الشرط كونه مضمونا ظاهرا أو باطنا أو كونه مضمونا من حيث الظاهر يكفي لجواز الرهن ذكر محمد في الجامع ما يدل على ان كونه مضمونا في الظاهر كاف ولا يشترط كونه مضمونا حقيقة فانه قال اذا ادعى على رجل القاء وهي قرص عليه فوجد هاهنا المدعى عليه ثم انه صالح المدعى من ذلك على خمسة وأعطاه بهارها يساوي خمسة ثم تصادقا على ان ذلك المال كان باطلا وأنه لم يكن للمدعى عليه شيء ثم هلك الرهن في يده كان على المرتهن أن يرد على الراهن خمسة لان الدين كان ثابتا على الراهن من حيث الظاهر ألا ترى انهما لو اختصما الى القاضي قبل أن يتصادقا ان القاضي يحجر المدعى عليه على ايفاء الخمسة فكان هذاهنا بما هو مضمون ظاهرا فيصبح يدل عليه أن الرهن بمجبة الضمان جائز على ما ذكرنا فلا يجوز بالضمان الثابت من حيث الظاهر أولى وروى عن أبي يوسف انه لا يضمن شيئا لانهما لم يتصادقا على أنه لم يكن عليه شيء يتبين ان الرهن حصل بما ليس بمضمون أصلا فلم يصح وكذا ذكر في الجامع اذا اشترى من رجل عبدا بالف درهم وقبض العبد وأعطاه بالالف رهنا يساوي القاهلك الرهن عند المرتهن ثم قامت البينة على ان العبد حر أو استحق العبد من يده يهلك مضمونا لان الالف كانت مضمونة على الراهن ظاهرا فقد حصل الارتهان بدين مضمون عليه من حيث الظاهر فجاز وكذا لو اشترى شاة مذبوحة بشرة درهم واشترى دنانير من خل وأعطاه بالثمن رهنا فهلك الرهن ثم علم ان الشاة ميتة والخل حمر فالرهن مضمون لما قلنا وكذا لو قتل عبدا انسان خطأ وأعطاه بقيمته رهنا ثم علم ان العبد حر كان المرهون مضمونا بالاقول من قيمته ومن قيمة العبد لما ذكرنا وعلى قياس ما روى عن أبي يوسف ينبغي أن لا يضمن في هذه المسائل أيضا لانه تبين ان الارتهان حصل بما ليس بمضمون حقيقة فلم يصح ولو ادعى المستودع أو المضارب هلاك الوديعة أو المضاربة وادعى رب المال عليهما الاستهلاك وتصلحا على مال واخذ رب المال بالمال رهنا من المستودع فهلك عنده ثم تصادقا على ان الوديعة هلكت عنده يضمن المرتهن عند محمد وعند أبي يوسف لا يضمن وهذا الاختلاف بناء على اختلافهما في صحة الصلح فعند محمد لما صلح الصلح كان رهنا بمضمون من حيث الظاهر فيصح وعند أبي يوسف لما صلح فقد حصل الرهن بما ليس بمضمون حقيقة فلم يصح (ومنها) أن يكون محتملا للاستيفاء من الرهن فان لم يحتمل لم يصح الرهن به لان الارتهان استيفاء وعلى هذا يخرج الرهن بالقصاص في النفس وما دونها لانه لا يجوز لانه لا يمكن استيفاء القصاص من الرهن ويجوز الرهن بارش الجنابة لان استيفاءه من الرهن يمكن فصيح الرهن به وعلى هذا أيضا يخرج الرهن بالشفعة انه لا يصح لان حق الشفعة لا يحتمل الاستيفاء من الرهن فلم يصح الرهن به وعلى هذا

أيضا يخرج الرهن بالكفالة بالنفس فانه لا يجوز لان المكفول به مما لا يحتمل الاستيفاء من الرهن  
 (فصل) وأما حكم الرهن فنقول وبالله التوفيق الرهن نومان صحيح وفاسد (أما) الاول فله أحكام بعضها يتعلق  
 بحال قيام المرهون وبعضها يتعلق بحال هلاكه (أما) الذي يتعلق بحال قيامه فعندنا ثلاثة الاول ملك حبس  
 المرهون على سبيل الدوام الى وقت الفكك أو ملك العين في حق الحبس على سبيل الدوام الى وقت الفكك ويكون  
 المرتن أحق بحبس المرهون على سبيل الزوم الى وقت الفكك والعبارات متفقة المعاني في متعارف الفقهاء (والثاني)  
 اختصاص المرتن ببيع المرهون أو اختصاصه بثمنه وهذا ان الحكمان أصليان للرهن عندنا (والثالث) وجوب تسليم  
 المرهون عند الافتكك وقال الشافعي رحمه الله الحكم الاصل للرهن واحد وهو كون المرتن أحق ببيع المرهون  
 وأخص بثمنه من بين سائر القرماء (فاما) حق حبس المرهون فليس بحكم لازم حتى ان المرهون ان كان شياً يمكن  
 الانتفاع به بدون استهلاكه كان للراهن أن يسترده من يد المرتن فينتفع به فاذا فرغ من الانتفاع رده اليه وان كان  
 شيئاً لا يمكن الانتفاع به الا باستهلاكه كالملك والموزون فليس للراهن أن يسترده من يده احجب مما روى عن  
 رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لا يعلق الرهن لا يعلق الرهن لا يعلق الرهن هو لصاحبه الذي رهنه له  
 غنمه وعليه غرمه أخبر عليه الصلاة والسلام ان الرهن لا يعلق أى لا يحبس وعندكم يحبس فكان حجة عليكم وكذا  
 أضاف عليه الصلاة والسلام الرهن الى الراهن بلام التملك وسماه صاحباً له على لا طلاق فيقتضى أن يكون هو  
 المالك للرهن مطلقاً رقبته وانتفاعاً وحبساً ولان الرهن شرع توثيقاً للدين وملك الحبس على سبيل الدوام يضاد  
 معنى الوثيقة لانه يكون في يده دائماً وعسى يهلك فيسقط الدين فكان توثيقاً للدين لا توثيقاً له ولان فيما قلتم تعطيل العين  
 المنتفع بها في نفسها من الانتفاع لان المرتن لا يجوز له الانتفاع بالرهن أصلاً والراهن لا يملك الانتفاع به عندكم فكان  
 تعطيلاً وتعطيل تسيب وأنه من أعمال الجاهلية وقد فاه الله تبارك وتعالى بقوله ما جعل الله من بحيرة ولا سائبة (ولنا)  
 قوله تعالى وان كنتم على سفر ولم تجدوا كاتباً فرهان مقبوضة أخبر الله تعالى يكون الرهن مقبوضاً واخباره سبحانه  
 وتعالى لا يحتمل الخلل فاقتضى أن يكون المرهون مقبوضاً مادام مرهوناً ولان الرهن في اللغة عبارة عن الحبس قال الله  
 عز وجل كل امرئ بما كسب رهين أى حبس فيقتضى أن يكون المرهون محبوساً مادام مرهوناً ولو لم يثبت ملك  
 الحبس على الدوام لم يكن محبوساً على الدوام فلم يكن مرهوناً ولان الله تعالى لما سمى العين التي ورد العقد عليها رهناً  
 وأنه يني عن الحبس لغة كان ماداً عليه اللفظ لغة حكماً له شرعاً لان للاسماء الشرعية دلالات على أحكامها كلفظ  
 الطلاق والعتاق والحوالة والكفالة ونحوها ولان الرهن شرع وثيقة بالدين فيسلم أن يكون حكمه ما يقع به التوثيق  
 للدين كالكفالة وانما يحصل التوثيق اذا كان يملك حبسه على الدوام لانه يمنع عن الانتفاع فيحمله ذلك على قضاء  
 الدين في أسرع الاوقات وكذا يقع الامن عن نواه حقه بالوجود والانكار على ما عرف ولا حجة له في الحديث  
 لان معنى قوله عليه الصلاة والسلام لا يعلق الرهن أى لا يملك بالدين كذا قاله أهل اللغة غلق الرهن أى ملك بالدين  
 وهذا كان حكماً جاهلياً فرد رسول الله صلى الله عليه وسلم وقوله عليه الصلاة والسلام هو لصاحبه الذي رهنه تفسير  
 لقوله لا يعلق الرهن وقوله عليه الصلاة والسلام له غنمه أى زوائده وعليه غرمه أى ثقته وكنته وقوله ان ما شرع  
 له الرهن لا يحصل بما قلتم لانه يتوى حقه بهلاك الرهن قلنا على أحد الطرفين لا يتوى بل يصير مستوفياً والاستيفاء  
 ليس بهلاك الدين (وأما) على الطريق الآخر فاهلاك ليس بغالب بل قد يكون وقد لا يكون واذا هلك فاهلاك ليس  
 يضاف الى حكم الرهن لان حكمه ملك الحبس لا نفس الحبس وقوله فيه تسيب ممنوع فان بعقد الرهن مع التسليم يصير  
 الراهن موفياً دينه في حق الحبس والمرتن يصير مستوفياً في حق الحبس والافاء والاستيفاء من منافع الرهن واذا  
 عرف حكم الرهن في حال قيامه فيخرج عليه المسائل المتعلقة به (أما) على الحكم الاول وهو ملك الحبس فالمسائل  
 المتعلقة بهذا الحكم بعضها يتعلق بنفس الحكم وبعضها يتعلق بكيفية أمانه الذي يتعلق بنفس الحكم فنقول وبالله التوفيق

ليس للراهن أن ينتفع بالمرهون استخداما وركوبا ولبسًا وسكنى وغير ذلك لأن حق الحبس ثابت للمرتهن على سبيل الدوام وهذا يمنع الاسترداد والانتفاع وليس له أن يبيعه من غير المرتهن بغير إذنه لما فيه من إبطال حقه من غير رضاه ولو باعه توقف نفاذ البيع على إجازة المرتهن أن أجاز جاز لأن عدم النفاذ لم يكن حقه فاذا رضى ببطلان حقه زال المانع فنفذ وكان الثمن رهنا سواء شرط المرتهن عند الإجازة كونه رهنا أو لا في جواب ظاهر الرهن وروى عن أبي يوسف أنه لا يكون رهنا إلا بشرط لأن الثمن ليس بمرهون حقيقة بل المرهون هو المبيع وقد زال حقه عنه بالبيع إلا أنه إذا شرط عند الإجازة أن يكون مرهونا فلم يرض بزال حقه عنه الإبدال وإذا لم يوجد الشرط زال حقه أصلا (وجه) ظاهر الرواية أن الثمن بدل المرهون فيقوم مقامه وبه تبين أنه ما زال حقه بالبيع لأنه زال إلى خلف والزائل إلى خلف قائم معنى فيقام الخلف مقام الأصل وسواء قبض الثمن من المشتري أو لم يقبضه لأنه يقوم مقام ما كان مقبوضا وإن رده بطل ما قلنا وليس له أن يهبه من غيره أو يتصدق به على غيره بغير إذنه لما ذكرنا ولو فعل توقف على إجازة المرتهن إن رده بطل وله أن يعيده رهنا وإن أجاز جازت الإجازة لما قلنا وبطل عقد الرهن لأنه زال عن ملكه لا إلى خلف بخلاف البيع وليس له أن يؤجره من أجنبي بغير إذن المرتهن لأن قيام ملك الحبس له يمنع الإجازة ولأن الإجازة بعقد الانتفاع وهو لا يملك الانتفاع بنفسه فكيف يملك غيره ولو فعل وقف على إجازته فإن رده بطل وإن أجاز جازت الإجازة لما قلنا وبطل عقد الرهن لأن الإجازة إذا جازت وانها عقد لازم لا يبقى الرهن ضرورة والإجرة للراهن لأنها بدل منفعة مملوكة له ولا ية قبض الإجرة له أيضا لأنه هو العاقد ولا تكون الإجرة رهنا لأن الإجرة بدل المنفعة والمنفعة ليست بمرهونة فلا يكون بدلها مرهونا (فاما) الثمن في باب البيع فبدل المبيع وأنه مرهون فجاز أن يكون بدلها مرهونا وكذلك لو أجره من المرتهن صحت الإجارة وبطل الرهن إذا جدد المرتهن القبض للإجارة (أما) صحة الإجارة وبطلان الرهن فلماذا كرنا (وأما) الحاجة إلى تجديدا القبض فلان قبض الرهن دون قبض الإجارة فلا ينوب عنه ولو هلك في يده قبل انقضاء مدة الإجارة أو بعد انقضائها يملك أمانة أن لم يوجد منع من الراهن وإن منعه الراهن ثم هلك بعد انقضاء مدة الإجارة ضمن كل قيمته لأنه صار غاصبا بالمنع وليس له أن يعيره من أجنبي بغير إذن المرتهن لما ذكرنا فلو أعار وسلم فللمرتهن أن يبطل الإجارة ويعيده رهنا وإن أجاز جاز ولا يبطل الرهن ولكن يبطل ضمانه وكذا إذا أعاره باذن المرتهن بخلاف ما إذا أجره فجاز المرتهن أو أجره باذنه أنه يبطل الرهن لأن الإجارة عقد لازم لا ترى أن أحد العاقلين لا ينفرد بالتسخير من غير عذر فكان من ضرورة جوازها بطلان الرهن فاما الإجارة فليست بلازمة لأن للمعير ولاية الاسترداد في أي وقت شاء فجازها لا يوجب بطلان عقد الرهن إلا أنه يبطل ضمان الرهن لما نذكر في موضعه إن شاء الله تعالى وكذلك ليس للمرتهن أن ينتفع بالمرهون حتى لو كان الرهن عبد ليس له أن يستخدمه وإن كان دابة ليس له أن يركبها وإن كان ثوبا ليس له أن يلبسه وإن كان دارا ليس له أن يسكنها وإن كان مصحفا ليس له أن يقرأ فيه لأن عقد الرهن يفيد ملك الحبس لا ملك الانتفاع فان انتفع به فملك في حال الاستعمال يضمن كل قيمته لأنه صار غاصبا وليس له أن يبيع الرهن بغير إذن الراهن لأن الثابت له ليس إلا ملك الحبس فاما ملك العين فللراهن والبيع تمليك العين فلا يملك المرتهن من غير إذن الراهن ولو باع من غير إذنه وقف على إجازته فإن أجاز جاز وكان الثمن رهنا وكذا إذا باع باذنه جاز وكان ثمنه رهنا سواء قبضه من المشتري أو لم يقبضه ولو هلك كان الهلاك على المرتهن وهذا يشكل على الشرط الذي ذكرنا لجواز الرهن وهو أن لا يكون المرهون دينًا والثمن دينًا في ذمة المشتري فكيف يصلح رهنا (والجواب) أن الدين يصلح رهنا في حال البقاء وإن كان لا يصلح ابتداء لأنه في حالة البقاء بدل المرهون وبدل المرهون مرهون لأنه قائم مقام المرهون كانه هو بخلاف حالة الابتداء وإن رد بطل وعاد المبيع رهنا كما كان ولو هلك في يد المشتري قبل الإجازة لم يحجز الإجازة لأن قيام المعقود عليه شرط صحة الإجازة والراهن بالخيار إن شاء ضمن المرتهن وإن شاء ضمن



المشتري لأن كل واحد منهما صار غاصبا للمرتهن بالتسليم والمشتري بالقبض فإن ضمن المرتهن جاز البيع والثمن للمرتهن وكان الضمان رهنا لأنه ملكه بالضمان فتبين أنه باع ملك نفسه فجاز وكان الثمن له لأنه بدل ملكه والضمان يكون رهنا لأنه بدل المرهون فيكون مرهونا وقيل أنما يجوز البيع بتضمن المرتهن إذا سلم الرهن إلى المشتري أولا ثم باعه منه فأما إذا باعه ثم سلمه فإنه لا يجوز لأن سبب ثبوت الملك هو التسليم لأنه سبب وجوب الضمان وملك المضمون ملك الضمان والتسليم وجد بعد البيع فلا يجوز البيع كما إذا باع مال غيره بغير إذنه ثم اشتراه منه أنه لا يجوز بيعه كذا هذا وليس في ظاهر الرواية هذا التفصيل ولو ضمن المشتري بطل البيع لأن بتضمن المشتري لم يتبين أن المرتهن باع مال نفسه والضمان يكون رهنا لأنه بدل المرهون ويرجع المشتري على البائع بالثمن لأن البيع لم يصح وليس له أن يرجع بالضمان عليه وليس له أن يهبه أو يتصدق به بغير إذن الراهن لأن الهبة والتصدق تملك العين والثابت للمرتهن ملك الحبس لا ملك العين فلا يملكها كما لا يملك البيع فإن فعل وقف على إجازة الراهن أن أجاز جازو بطل الرهن وإن رد رهنه كما كان ولو هلك في يد الموهوب له أو المتصدق عليه قبل الإجازة فالراهن بالخيار أن شاء ضمن المرتهن وإن شاء ضمن الموهوب له والمتصدق عليه لما ذكرنا وأيهما ضمن لا يرجع بالضمان على صاحبه أما المرتهن فلا شك فيه لأنه ملك المرهون بالضمان فتبين أنه وهب أو تصدق بملك نفسه (وأما) الموهوب له والمتصدق عليه فلا رجع بالضمان بحكم الضرر وأنه لا يتحقق في الهبة والصدقة بخلاف البيع والإجارة وليس له أن يؤجره من غير الراهن بغير إذنه لأن الإجارة تملك المنفعة والثابت له ملك الحبس لا ملك المنفعة فكيف يملكها من غيره فإن فعل وقف على إجازة الراهن فإن أجاز جاز و بطل الرهن لما ذكرنا فإما تقدم وكانت الإجارة للراهن ولا تكون رهنا لم امر وولاية قبضها للمرتهن لأن القبض من حقوق العدة والعقد هو المرتهن ولا يعود رهنه إذا انقضت مدة الإجارة لأن العقد قد بطل فلا يعود إلا بالاستئناف وإن رد بطل وأعاد رهنه كما كان ولو أجره بغير إذن الراهن وسلمه إلى المستأجر فهلك في يده فالراهن بالخيار أن شاء ضمن المرتهن قيمته وقت التسليم إلى المستأجر وإن شاء ضمن المستأجر لوجود سبب وجوب الضمان من كل واحد منهما وهو التسليم والقبض غير أنه إن ضمن المرتهن لا يرجع بالضمان على المستأجر لكنه يرجع عليه باجرة قدر المستوفى من المنافع إلى وقت الهلاك لأنه ملكه بالضمان فتبين أنه أجر ملك نفسه فصح وكانت الإجارة له لأنها بدل منفعة مملوكة له إلا أنها لا تطيب له وإن ضمن المستأجر فالمستأجر يرجع بما ضمن على المرتهن لأنه صار مغرورا من جهته فيرجع عليه بضمان الغرور وهو ضمان الكفالة ولا أجرة عليه لأن الإجارة والضمان لا يجتمعان ولو سلم واسترده المرتهن عادرهنا كما كان لأنه لما استرده فقد عاد إلى الوفاق بعدما خالف فاشبه المودع إذا خالف في الوديعة ثم عاد إلى الوفاق والاجر للمرتهن لكن لا يطيب له كالأصايب إذا أجر الموصوب وليس له أن يعير الرهن من غير الراهن بغير إذنه لما ذكرنا في الإجارة فإن أعاره وسلمه إلى المستعير فالراهن أن يبطل الإجارة فإن هلك في يد المستعير فالراهن بالخيار أن شاء ضمن المرتهن وإن شاء ضمن المستعير وأيهما ضمن لا يرجع على صاحبه ويكون الضمان رهنا (أما) عدم الرجوع على المرتهن فلا أنه ملكه بالضمان فتبين أنه أعاره ملكه (وأما) المستعير فلا رجع بالرجوع بالغرر ولم يوجد بخلاف الإجارة (وأما) كون الضمان رهنا فلا أنه بدل المرهون فيكون مرهونا وإن سلم واسترده من المستعير عاد رهنه كما كان لأنه عاد إلى الوفاق فالتحق بالخلاف فيه بالعدم ولو أعاره باذن الراهن أو بغير إذنه وأجاز جاز ولا يبطل الرهن لكن يبطل ضمان الرهن لما ذكرنا بخلاف الإجارة فانها تبطل الرهن وقد مر الفرق وليس له أن يرهنه بغير إذن الراهن لأنه لم يرض بحبس غيره فإن فعل فالراهن الأول أن يبطل الرهن الثاني ويعيده إلى المرتهن الأول لأن الرهن الثاني لم يصح فلو هلك في يد المرتهن الثاني قبل الإعادة إلى الأول فالراهن الأول بالخيار أن شاء ضمن المرتهن الأول وإن شاء ضمن المرتهن الثاني فإن ضمن المرتهن الأول جاز الرهن الثاني لأنه ملكه المرتهن الأول بالضمان فتبين أنه رهن ملك نفسه ولو هلك في يد المرتهن

الثاني يهلك بالدين فكان ضمانه رهنا لانه بدل المرهون وان ضمن المرتهن الثاني بطل الرهن الثاني ويكون الضمان رهنا على المرتهن الاول لكونه بدل المرهون ويرجع المرتهن الثاني على المرتهن الاول بما ضمن وبدينه ( أما ) الرجوع بالضمان فلانه صار مغرورا من جهته فيرجع عليه ( وأما ) الرجوع بدينه فلان الرهن الثاني لم يصبح فيبقى دينه عليه كما كان وان رهن عند الثاني باذن الراهن الاول جاز الرهن الثاني وبطل الرهن الاول ( أما ) جواز الرهن الثاني فلان المانع من الجواز قد زال باذن الراهن الاول فاذا أجاز الثاني بطل الاول ضرورة وصار كان المرتهن الاول استعمار مال الراهن الاول ليرهنه بدينه فرهنه وليس له أن يودعه عند أجني ليس في عياله لان الراهن لم يرض الابدية أو يبد من يده في معنى يده وبدا اجنبي الذي ليس في عياله ليست في معنى يده فان فعل وهلك في يد المودع ضمن كل قيمته لانه صار غاصبا لا يدايع وله أن يدفعه الى من هو في عياله كزوجته وخادمه وأجيره الذي يتصرف في ماله لان يده هؤلاء كيد لا ترى أنه يحفظ مال نفسه بيدهم فكان الهالك في أيديهم كالهالك في يده والاصل في هذا أن للمرتهن ان يفعل في الرهن ما بعد حفظه وليس له أن يفعل ما بعد استعماله وانتفاعه وعلى هذا يخرج ما اذا ارتهن خاتما فجعله في خنصره فهلك ضمن كل قيمته لان التختم بالخنصر مما يتجمل به عادة فكان استعماله وهو مأذون في الحفظ لا في الاستعمال ويستوى فيه العيني واليسري لان الناس يختلفون في التجمل بهذا النوع منهم من يتجمل بالتختم في العيني ومنهم من يتجمل به في اليسري فكان كل ذلك استعمالا ولوجمله في بقية الاصابع فهلك يهلك هلاك الرهن لان التختم بها غير معتاد فكان حفظا لاستعمالا ولولبس خاتما فوق خاتم فهلك يرجع فيه الى العرف والمادة فان كان اللابس ممن يتجمل بخاتمين يضمن لانه مستعمل له وان كان ممن لا يتجمل به يهلك بما فيه لانه حافظ اياه ولورهنه سيفين فتقدهما يضمن ولو كانت السيوف ثلاثة فتقدهما يضمن لان التقدي سيفين معتاد في الجملة فكان من باب الاستعمال ( فأما ) بالثلاثة فليس بمعتاد فكان حفظا لاستعمالا وان كان الرهن طيلسانا أو قباء فلبسه لبسا معتادا يضمن وان جمعه على عاتقه فهلك يهلك رهنا لان الاول استعمال والثاني حفظ وله أن يبيع ما يخاف الفساد عليه باذن القاضي لان بيع ما يخاف عليه الفساد من باب الحفظ فله أن يبيعه لكن باذن القاضي له لان له ولاية في مال غيره في الجملة فان باع بغير اذنه ضمن لانه لا ولاية له عليه واذا باع بامر الحاكم كان ثمنه رهنا في يده لانه بدل المرهون فيكون رهنا وله أن يطالب الراهن بإفء الدين مع قيام عقد الرهن اذالم يكن الدين مؤجلا لان الرهن شرع لتوثيق الدين وليس من الوثيقة سقوط المطالبة بإفء الدين ولو طالب المرتهن الراهن بحقه قتال الراهن به واستوف حقه فقال المرتهن لا أريد البيع ولكن أريد حتى فله ذلك لان الرهن وثيقة وبالبيع يخرج عن كونه رهنا فيبطل معنى الوثيقة فله أن يتوثق باستيفائه الى استيفاء الدين ولو قال الراهن للمرتهن ان جئت بك بحقه الى وقت كذا والا فهلك بدينك أو ببيع بحقه لم يجز وهو رهن على حاله لان هذا تعليق التملك بالشرط وأنه لا يتعلق بالشرط وليس للقاضي أن يبيع الرهن بدين المرتهن من غير رضا الراهن لكنه يحبس الراهن حتى يبيعه بنفسه عند أبي حنيفة عليه الرحمة وعندهما له أن يبيعه عليه وهي مسألة الحجر على الحر وقد ذكرناها في كتاب الحجر وكذلك ليس للعدل أن يبيع الرهن كما ليس للراهن ولا للمرتهن ذلك والكلام في العدل في ثلاثة مواضع أحدها في بيان مال للعدل أن يفعله في الرهن وماليس له أن يفعله فيه والثاني في بيان من يصلح عدلا في الرهن ومن لا يصلح والثالث في بيان ما ينزل به العدل يخرج عن الوكالة وما لا ينزل ( أما ) الاول فنقول والله التوفيق للعدل أن يمك الرهن بيده ويبد من يحفظ ماله بيده وليس له أن يدفعه الى المرتهن بغير اذن الراهن ولا الى الراهن بغير اذن المرتهن قبل سقوط الدين لان كل واحد منهما لم يرض بيد صاحبه حيث وضعاه في يد العدل ولودفعه الى أحدهما من غير رضا صاحبه فلصاحبه أن يسترده ويعيده الى يد العدل كما كان ولو هلك قبل الاسترداد ضمن العدل قيمته لانه صار غاصبا بالدفع وليس له أن ينتفع

بالرهن ولا أن يتصرف فيه بالأجرة والأغارة والرهن وغير ذلك لأن الثابت له بالوضع في يده هو حق الامساك لا الانتفاع والتصرف وليس له أن يبيعه لما قلنا إلا إذا كان مسلطاً على بيعه في عقد الرهن أو متأخراً عنه فله أن يبيعه لأنه صار وكيلاً بالبيع الآن التسليط إذا كان في العقد لا يملك عزله من غير رضا المرتهن وإذا كان متأخراً عن العقد يملك لما ذكرنا وله أن يبيع الزيادة المتولدة من الرهن لكونها رهونة تبعاً للأصل وكذا له أن يبيع ما هو قائم مقام الرهن نحو أن كان الرهن عبداً فقتله عبد أو قفاً عينه لأنه إذا قام مقامه جعل كان الأول قائماً ثم إذا سلطه على البيع مطلقاً فله أن يبيعه بأي جنس كان من الدراهم والدنانير وغيرهما بأي قدر كان بمثل قيمته أو بأقل منه قدر ما يتعاقب الناس فيه وبالتقد والنسيئة عند أبي حنيفة وله أن يبيع قبل حلول الأجل لأن الأمر بالبيع مطلق وإذا باع كان الثمن رهناً عنده إلى أن يحل الأجل لأن ثمن المرهون مرهون فإذا حل الأجل أو في دين المرتهن إن كان من جنسه وإن ساء على البيع عند الحل لم يكن له أن يبيعه قبله لما قلنا ولو كان الرهن بالمسلم فيه فسلطه على البيع عند الحل فله أن يبيعه بجنس المسلم فيه وغيره عند أبي حنيفة وعندهما يبيعه بالدراهم والدنانير وبجنس المسلم فيه وهي مسألة الوكيل بالبيع المطلق أنه يبيع بأي ثمن كان عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد ليس له أن يبيع بما لا يتعاقب الناس فيه ولا بالنسيئة ولا بغير الدراهم والدنانير إلا أنهم ما جوزوا ما في مسألة المسلم بجنس المسلم فيه لأن الأمر بالبيع لقضاء الدين من ثمنه والجنس أقرب إلى القضاء منه ولو نهاه الراهن عن البيع بالنسيئة فإن نهاه عند عقد الرهن ليس له أن يبيع بالنسيئة لأن التوكيل حصل مقيداً فيلزمه مراعاة القيد متأخراً إذا كان التقييد مفيداً وهذا النوع من التقييد مفيد ولو نهاه متأخراً عن العقد لم يصبح نهياً لأن التقييد المتأخر إبطال من حيث الظاهر كالتخصيص المتأخر عن النص العام عند بعض مشايخنا حتى جعلوه فسخاً لا بينا وإذا كان إبطالاً لا يملكه الراهن كإبطاله يملك إبطال الوكالة الثابتة عند العقد بالعزل ثم إذا باع العدل الرهن خرج عن كونه رهناً لأنه صار ملكاً للمشتري وصار ثمنه هو الرهن لأنه قام مقامه سواء كان مقبوضاً أو غير مقبوض حتى لو توى عند المشتري كان على المرتهن وبهلك بالأقل من قدر الثمن ومن الدين ولا ينظر إلى قيمة المبيع بل ينظر إلى الثمن بعد البيع لأن الرهن انتقل إلى الثمن وخرج المبيع عن كونه رهناً فتعتبر قيمة الرهن ثم إن باعه بجنس الدين قضى دين المرتهن منه وإن باعه بخلاف جنسه باع الثمن بجنس الدين وقضى الدين منه لأنه مسلط على بيع الرهن وقضاء الدين من ثمنه وقضاء الدين من جنسه يكون ولو باع العدل الرهن ثم استحق في يد المشتري فالمشتري أن يرجع بالثمن على العدل لأن العاقد هو وحقوق العقد في باب البيع ترجع إلى العاقد والعدل بالخيار إن شاء يسترد من المرتهن ما أوفاه من الثمن وعاد دينه على الراهن كما كان وإن شاء رجع بما ضمن على الراهن وسلم للمرتهن ما قبض (أما) ولاية استرداد الثمن من المرتهن فلان البيع قد بطل بالاستحقاق وتبين أن قبض الثمن من المرتهن لم يصبح فله أن يسترد منه وإذا استرده عاد الدين على حاله (وأما) الرجوع بما ضمن على الراهن فله أن يرجع بالعهد عليه وإذا رجع عليه سلم للمرتهن ما قبضه لأنه أصبح قبضه هذا إذا سلم الثمن إلى المرتهن فإن كان هلك في يده قبل التسليم ليس له أن يرجع إلا على الراهن لأنه وكيل الراهن بالبيع عامل له فكان عهده عمله عليه في الأصل لا على غيره إلا أن له أن يرجع على المرتهن إذا قبض الثمن لما ذكرنا فإذا لم يقبض وجب العمل بالأصل فيرجع على الراهن بما ضمن وبطل الرهن بالاستحقاق ويرجع المرتهن بدينه على الراهن ولو لم يستحق الرهن ولكن المشتري وجد به عيباً كان له أن يردّه على العدل لأن الرد بالعيب من حقوق البيع وانها ترجع إلى العاقد والعاقد هو العدل فيرد عليه ويسترد منه الثمن الذي أعطاه والعدل بالخيار إن كان رده عليه بقضاء القاضي إن شاء رجع على المرتهن إن كان سلم الثمن إليه وإن شاء رجع على الراهن أما على المرتهن فلأنه أذارد عليه بعيب بقضاء القاضي فقد انسخ البيع فكان له أن يرجع بالثمن وعاد دين المرتهن على الراهن وعاد الرهن المردود رهناً بالدين (وأما) الرجوع على الراهن فلأنه وكله بالبيع فيرجع عليه بالعهد وإن كان العدل لم يعط المرتهن الثمن فإن رد العدل ما قبض من الثمن فلا يرجع على

أحد وان كان هلك في يده وضمن في ماله يرجع بما ضمن على الراهن خاصة دون المرتين لما ذكرنا في الاستحقاق ويكون المردود رهنًا كما كان هذا إذا كان بيع العدل بتسليط مشروط في عقد الرهن فاما إذا كان بتسليط وجد من الراهن بعد الرهن فان العدل يرجع بما ضمن على الراهن لا على المرتين سواء قبض المرتين الثمن أو لم يقبضه لانه وكيل الراهن وعهدة الوكيل فيما وكل به على موكله في الاصل لانه عامل له فكان عهد عمله عليه الا أن التسليط اذا كان مشروطًا في العقد ثبت له حق الرجوع على المرتين لتعلق حقه بهذه الوكالة على ما نذكر ان شاء الله تعالى فاذا وقع البيع لحقه جاز أن يرجع بالضمان عليه واذا لم يكن مشروطًا فيه لم يثبت التعلق فبقى حق الرجوع بالعهد على الموكل على حكم الاصل وللعدل أن يبيع كما له أن يبيع الاصل وكذا البند المدفوع بالجناية على الرهن بأن قتل الرهن أو قفا عينه حق الحبس تبعًا فله أن يبيعها كما له أن يبيع الاصل وكذا البند المدفوع بالجناية على الرهن بأن قتل الرهن أو قفا عينه فدفع به للعدل أن يبيعه لان الثاني قائم مقام الاول لحماؤه وما فصار كان الاول قائم وللعدل أن يمتنع من البيع واذا امتنع لا يجبر عليه ان كان التسليط على البيع بعد الرهن وان كان في الرهن لم يكن له أن يمتنع عنه ولو امتنع يجبر عليه لان التسليط اذا لم يكن مشروطًا في الرهن لم يتعلق به حق المرتين فكان توكيلا محضًا بالبيع فأشبهه التوكيل بالبيع في سائر المواضع واذا كان مشروطًا فيه كان حق المرتين متعلقًا به فله أن يجبره على البيع لاستيفاء حقه (وأما) بيان من يصلح عدلا في الرهن ومن لا يصلح فالمولى لا يصلح عدلا في رهن عبده المأذون حتى لو رهن العبد المأذون على أن يضع على يده مولا لم يجز الرهن سواء كان على العبد دين أو لم يكن والعبد يصلح عدلا في رهن مولا حتى لو رهن انسان شيئا على أن يضع في يده عبده المأذون يصبح الرهن لان قبض الرهن قبض استيفاء الدين فيصير العدل وكيلا في استيفاء الدين والمولى لا يصلح وكيل الاجنبي في استيفاء الدين من عبده لان الوكيل من يعمل لغيره واستيفاء الدين من عبده عمل لنفسه من وجه لما فيه من فراغ رقبة عبده عن شغل الدين والعبد يصلح وكيل الاجنبي في استيفاء الدين من مولا لذلك افترقا وعن أبي يوسف ان المولى يصلح عدلا في رهن مكاتبه والمكاتب يصلح عدلا في رهن مولا لان المكاتب حر يد أو كان كل واحد منهما أجنبيا عما في يد الآخر والمكفول عنه لا يصلح عدلا في رهن الكفيل وكذا الكفيل لا يصلح عدلا في رهن المكفول عنه لان كل واحد منهما لا يصلح وكيلا في استيفاء الدين من صاحبه لانه يعمل لنفسه أما المكفول عنه فبغير يغب ذمته عن الدين (وأما) الكفيل فبتخليص نفسه عن الكفالة بالدين وأحد شرى يكي المفاوضة لا يصلح عدلا في رهن صاحبه بدين التجارة لان يد كل واحد منهما يد صاحبه فكان ما في يد كل واحد منهما كأنه في يد صاحبه فلم يتحقق خروج الرهن من يد الراهن وانه شرط صحة الرهن وكذا أحد شرى يكي العنان في التجارة لا يصلح عدلا في رهن صاحبه بدين التجارة لما قلنا فان كان من غير التجارة فهو جائز في الشرى يكي جميعا لان كل واحد منهما أجنبي عن صاحبه في غير دين التجارة فلم تكن يده كيد صاحبه فوجد خروج الرهن من يد الراهن ورب المال لا يصلح عدلا في رهن المضارب ولا المضارب في رهن رب المال حتى لو رهن المضارب شيئا من مال المضاربة بدين في المضاربة على أن يضعه على يد رب المال أو رهن رب المال على أن يضعه على يد المضارب لا يجوز الرهن لان يد المضارب يد رب المال وعمل رب المال كعمل المضارب فلم يتحقق خروج الرهن من يد الراهن فلم يجز الرهن والاب لا يصلح عدلا في رهنه بئمن ما اشترى للصغير بأن اشترى الاب للصغير شيئا ورهن بئمن ما اشترى له على أن يضعه على يد نفسه فالشراء جائز والرهن باطل لانه لما بشرط على أن يضعه في يده نفسه فقد شرط على أن لا يخرج الرهن من يد الراهن وانه شرط فاسد فيفسد الرهن وهل يصلح الراهن عدلا في الرهن فان كان الرهن لم يقبض من يده بعد لا يصلح حتى لو شرط في عقد الرهن على أن يكون الرهن في يده فسد العقد لان قبض المرتين شرط صحة العقد ولا يتحقق القبض الا بخروج الرهن من يد الراهن فكان شرط كونه في يده شرطا فاسدا فيفسد الرهن وان كان قبضه المرتين ثم وضعه على يده جاز بيعه لان العقد قد صح بالقبض والبيع تصرف من الراهن

في ملكه فكان الاصل فيه هو النفاذ والتوقف كان لحق المرتهن فاذا رضى به فقد زال المانع فينفذ (وأما) بيان ما  
ينعزل به العدل ويخرج عن الوكالة وما لا ينعزل فنقول التسليط على البيع أما أن يكون في عقد الرهن وأما أن يكون  
متأخراً عنه فإن كان في العقد فعزل الرهن العدل لا ينعزل من غير رضا المرتهن لأن الوكالة إذا كانت في العقد كانت  
تابعة للعقد فكانت لازمة بالعقد فلا ينفرد الراهن بفسخها كما لا ينفرد بفسخ العقد وكذا لا ينعزل بموت الراهن ولا  
بموت المرتهن لما ذكرنا أن الوكالة الثابتة في العقد من توابع العقد والعقد لا يبطل بالموت فكذا ما هو من توابعه وإن  
كان التسليط متأخراً عن العقد فلا رهن أن يعزله وينعزل بموت الراهن أيضاً لأن التسليط المتأخر عن العقد يوكل  
مبتدأ فينعزل الوكيل بمنزلة الموكل وموته وسائر ما يخرج به الوكيل عن الوكالة وقد ذكرنا جملة ذلك في كتاب الوكالة  
وهذا الذي ذكرنا جواب ظاهر الرواية وعن أبي يوسف أن التسليط الطارىء على العقد والمقارن إياه سواء لانه  
يلتحق بالعقد فيصير كالموجود عند العقد والصحيح جواب ظاهر الرواية لأن التسليط لم يوجد عند العقد حقيقة  
وجعل المعدوم حقيقة موجوداً تقديراً لا يجوز الا بدليل ولم يوجد وتبطل الوكالة بموت العدل سواء كانت بعد العقد  
أو في العقد ولا يقوم وارثه ولا وصيه مقامه لأن الوكالة لا تورث ولأن الراهن رضى به ولم يرض بغيره فإذا مات بطلت  
الوكالة لكن لا يبطل العقد ويوضع الرهن في يد عدل آخر عن تراض منهما لانه جاز الوضع في يد الاول في الابتداء  
بتراضيهما فكذا في يد الثاني في الانتهاء فان اختلفا في ذلك نصب القاضي عدلاً ووضع الرهن على يده قطعاً للمنازعة  
وليس للعدل الثاني أن يبيع إلا أن يموت الراهن لأن الراهن سلب الاول الثاني وعلى هذا تخرج ثقة الراهن أنها  
على الراهن لا على المرتهن والاصل أن ما كان من حقوق الملك فهو على الراهن لأن الملك له وما كان من حقوق اليد  
فهو على المرتهن لأن اليد له إذا عرف هذا فنقول الرهن إذا كان رقيقاً قطعاً له وشراؤه وكسوته على الراهن وكفنه  
عليه وأجرة ظئر ولد الرهن عليه وإن كانت دابة فالعلف وأجرة الراعى عليه وإن كان بستاناً فسيقيه وتلقيح نخله  
وجداده والقيام بمصالحه عليه سواء كان في قيمة الرهن فضل أو لم يكن لأن هذه الاشياء من حقوق الملك ومؤونات  
الملك على المالك والمالك للراهن فكانت المؤنة عليه والخارج على الراهن لانه مؤنة المالك (وأما) العشر في الخارج  
يأخذها الامام ولا يبطل الرهن في الباقي بخلاف ما إذا استحق بعض الرهن شائعاً بطل الرهن في الباقي (ووجه)  
الفرق ان الفساد في الاستحقاق لمكان الشيوع ولم يوجد ههنا لأن بالاستحقاق تبين ان الرهن في القدر المستحق  
لم يصح والباقي شائع والشياع يمنع صحة الرهن بخلاف العشر لأن وجوبه في الخارج لا يخرج عن ملكه دليل أنه  
يجوز بيعه ويجوز له الاداء من غيره فكان الدفع الى الامام بمنزلة اخراج الشيء عن ملكه فلا يتحقق فيه معنى الشيوع  
فهو الفرق ولو كان في الرهن نساء فأراد الراهن أن يجعل النفقة التي ذكرنا أنها عليه في نساء الرهن ليس له ذلك لأن زوائد  
الرهن مرهونة عندنا تبعاً للاصل فلا يملك الانفاق منها كما لا يملك الانفاق من الاصل والحفظ على المرتهن حتى  
لوشروط الراهن للمرتهن أجراً على حفظه لحفظه لا يستحق شيئاً من الاجر لأن حفظ الرهن عليه فلا يستحق  
الاجر باتيان ما هو واجب عليه بخلاف المودع إذا شرط للمودع اجراً على حفظ الوديعة ان له الاجر لأن حفظ  
الوديعة ليس بواجب عليه فجاز شرط الاجر وأجرة الحافظ عليه لأنها مؤنة الحفظ والحفظ عليه وكذا أجرة  
المسكن والمأوى لما قلنا وروى عن أبي يوسف أن كراء المأوى على الراهن وجعله بمنزلة النفقة وجعل الباقي على  
المرتهن بقدر الدين والفضل على ذلك على المالك حتى لو كانت قيمة الرهن والدين سواء أو قيمة الرهن أقل فالجمل كله  
على المرتهن وإن كانت قيمته أكثر فبقدر الدين على المرتهن وبقدر الزيادة على الراهن لأن وجوب الجمل على المرتهن  
لكون الرهن مضموناً وأنه مضمون بقدر الدين والفضل أمانة فاقسم الجمل عليهما على قدر الامانة والضمان  
بخلاف أجرة المسكن إنها على المرتهن خاصة وإن كان في قيمة الرهن فضل لأن الاجرة إنما وجبت على المرتهن لكونها  
مؤنة الحفظ وكل الرهن محفوظ بحفظه فكان كل المؤنة عليه فأما الجمل فأنما لزمه لكون الردود مضموناً

والمضمون بعضه لا كله فيتقدر بقدر الضمان والقضاء من الجناية والدين الذي يلحقه الرهن بمنزلة جعل الباقي ينقسم على المضمون والامانة وكذلك مداواة الجروح والقروح والامراض تنقسم عليهما على قدر الضمان والامانة كذا ذكر الكرخي وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي أن المداواة على المرتهن من باب احياء حقه وهو الدين وكل ما وجب على الراهن فأداه المرتهن بغير اذنه أو وجب على المرتهن فأداه المرتهن بغير اذنه فهو مقطوع لانه قضى دين غيره بغير أمره فان فعل بأمر القاضي يرجع على صاحبه لان القاضي له ولاية حفظ أموال الناس وصيانتها عن الهلاك والاذن بالاتفاق على وجه يرجع على صاحبه بما أنفق طريق صيانة المالكين وكذا اذا فعل أحدهما بأمر صاحبه يرجع عليه لانه صار وكيلاً عنه بالاتفاق وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة رحمهما الله أن الراهن ان كان غائباً فأتى المرتهن بأمر القاضي يرجع عليه وان كان حاضراً لم يرجع عليه وقال أبو يوسف ومحمد يرجع في الجالين جميعاً بناء على أن القاضي لا يلى على الحاضر عنده وعندهما يلى عليه وهي مسألة الجرح على الحر وستأتي في كتاب الجرح وعلى هذا يخرج زوائد الرهن انهم رهونة عندنا وجملة الكلام في زوائد الرهن انها على ضربين زيادة غير متولدة من الاصل ولا في حكم التولد منه كالكسب والهبة والصدقة وزيادة متولدة من الاصل كالولد والتمر واللبن والصوف أو في حكم التولد من الاصل كالارش والعقر ولا خلاف في أن الزيادة الاولى انها ليست برهونة بنفسها ولا هي بدل المرهون ولا جزء منه ولا بدل جزء منه فلا يثبت فيها حكم الرهن واختلف في الزيادة الثانية قال أصحابنا رحمهم الله انهم رهونة وقال الشافعي رحمه الله ليست برهونة بناء على أن الحكم الاصل للرهن عنده هو كون المرتهن أخص ببيع المرهون وأحق بثمنه من بين سائر المزماء قبل البيع لاحق له في الرهن حتى يسرى الى الولد فأشبه ولد الجارية اذا جنت ثم ولدت ان حكم الجناية لا يثبت في ولدها لما أن حكم جناية الام هو وجوب الدفع الى الجني عليه وانه ليس بمعنى ثابت في الام فلم يسر الى الولد كذا هذا والدليل على أن الزيادة ليست برهونة انها ليست بمضمونة ولو كانت برهونة لكانت مضمونة كالاصل وعندنا حق الحبس حكم اصلي للرهن أيضاً وهذا الحق ثابت في الام فيثبت في الولد تبعاً للام الا أنها ليست بمضمونة لثبوت حكم الرهن فيها تبعاً للاصل فكانت برهونة تبعاً لأصل كولد المبيع انه مبيع على أصل أصحابنا رضي الله عنهم لكن تبعاً لأصل فلا يكون له حصصة من الثمن الا اذا صار مقصوداً بالتبضع فكذا المرهون تبعاً لا يكون له حصصة من الضمان الا اذا صار مقصوداً بالفكك واذا كانت الزيادة برهونة عندنا كانت محبوسة مع الاصل بكل الدين وليس للراهن أن يفتك أحدهما الا بقضاء الدين كله لان كل واحد منهما مرهون والمرهون محبوس كله بكل جزء من أجزاء الدين لما نذكره في موضعه ان شاء الله تعالى وينقسم الدين على الاصل والزيادة على تقدير بقائها الى وقت الفكك على قدر قيمتهما لكن تعتبر قيمة الاصل يوم العقد وقيمة الزيادة يوم الفكك ونبين ذلك في موضعه وعلى هذا يخرج الزيادة على الرهن انها لما كانت جائزة على أصل أصحابنا كان للمرتحن أن يحبسهما جميعاً بالدين ولا سبيل للراهن على أحدهما ما لم يقبض جميع الدين لان كل واحد منهما مرهون ويقسم الدين بينهما على قدر قيمتهما الا أنه تعتبر قيمة الرهن الاصل وقت العقد وقيمة الزيادة وقت الزيادة وأيهما هلك يهلك بحصته من الدين بخلاف زيادة الرهن والفرق بين الزادتين يأتي في موضعه ان شاء الله تعالى (وأما) الذي يتعلق بكيفية هذا الحكم فنوعان الاول ان الثابت للمرتحن حق حبس الرهن بالدين الذي رهن به وليس له أن يمسكه بدين وجب له على الراهن قبل الرهن أو بعده لانه مرهون بهذا الدين لا بدين آخر فلا يملك حبسه بدين آخر لأن ذلك دين لارهن به والثاني ان المرهون محبوس بجميع الدين الذي رهن به سواء كانت قيمة الرهن أكثر من الدين أو أقل حتى لو قضى الراهن بعض الدين كان للمرتحن أن يحبس كل الدين حتى يستوفي ما بقي قل الباقي أو أكثر لان الرهن في حق ملك الحبس مما لا يتجزأ فابقى شيء من الدين بقي محبوساً به كالمبيع قبل القبض لما كان محبوساً بجميع الثمن فابقى شيء من الثمن بقي محبوساً به كذا هذا ولان صفقة الرهن واحدة فاسترداد شيء من المرهون بقضاء بعض الدين يتضمن تفريق الصفقة من غير

رضا المرتهن وهذا لا يجوز وسواء كان المرهون شيئاً واحداً أو أشياء ليس للراهن أن يسترد شيئاً من ذلك بقضاء بعض الدين لما قلنا وسواء سمي لكل واحد منهما شيئاً من المال الذي رهن به أو لم يسم في رواية الاصل وذكري الزيارات فيمن رهن مائة شاة ألف درهم على أن كل شاة منها بعشرة دراهم فأدى عشرة دراهم كان له أن يقبض شاة ذكر الحاكم الشهيدان ما ذكر في الاصل قول أبي يوسف وما ذكر في الزيارات قول محمد وذكر الجصاص أن في المسألة روايتين عن محمد (وجه) رواية الزيارات أنه لما سمي لكل واحد منهما ديناً متفرقاً أوجب ذلك طريق الصفقة قصار كانه رهن كل واحدة منهما بعقد على حدة (وجه) رواية الاصل أن الصفقة واحدة حقيقة لأنها أضيفت إلى الكل إضافة واحدة لأنه تفرقت التسمية وتفرق التسمية لا يوجب تفرق الصفقة كما في البيع إذا اشتملت الصفقة على أشياء كان للبائع حق حبس كلها إلى أن يستوفي جميع الثمن وإن سمي لكل واحد منهما ثمناً على حدة كذا هذا (وأما) الحكم الثاني وهو اختصاص المرتهن ببيع المرهون له واختصاصه بثمنه فنقول وبالله التوفيق إذا بيع الرهن في حال حياة الراهن وعليه ديون أخر فالمرتهن أحق بثمنه من بين سائر الغرماء لأن بمقدار الرهن ثبت له الاختصاص بالمرهون فيثبت له الاختصاص ببذله وهو الثمن ثم إن كان الدين حالاً والثمن من جنسه فقد استوفاه إن كان في الثمن وفاة بالدين وإن كان فيه فضل رده على الراهن وإن كان نقص من الدين يرجع المرتهن بفضل الدين على الراهن وإن كان الدين مؤجلاً حبس الثمن إلى وقت حلول الاجل لأنه بدل المرهون فيكون مرهوناً فإذا حل الاجل فإن كان الثمن من جنس الدين صار مستوفياً دينه وإن كان من خلاف جنسه يحبس إلى أن يستوفي دينه كله وكذلك إذا بيع الرهن بعد وفاة الراهن وعليه ديون ولم يخلف مالا آخر سوى الرهن كان المرتهن أحق بثمنه من بين سائر الغرماء لما ذكرنا فإن فضل منه شيء يضم الفضل إلى مال الراهن ويقسم بين الغرماء بالحصص لأن قدر الفضل لم يتعلق به حق المرتهن وإن نقص عن الدين يرجع المرتهن بما بقي من دينه في مال الراهن وكان بينه وبين الغرماء بالحصص لأن قدر الفضل من الدين دين لا رهن به فيستوى فيه الغرماء وكذلك لو كان على الراهن دين آخر كان المرتهن فيه أسوة الغرماء وليس له أن يستوفيه من ثمن الرهن لأن ذلك الدين لا رهن به فيتضارب فيه الغرماء كلهم (وأما) الحكم الثالث وهو وجوب تسليم المرهون عند الافتكاك فيتعلق بمعرفة وقت وجوب التسليم فنقول وقت وجوب التسليم ما بعد قضاء الدين يقضي الدين أولاً ثم يسلم الرهن لأن الرهن وثيقة وفي تقديم تسليمه بطل الوثيقة ولأنه لو سلم الرهن أولاً فن الجائز أن يموت الراهن قبل قضاء الدين فيصير المرتهن كواحد من الغرماء فيبطل حقه فلزم تقديم قضاء الدين على تسليم الرهن إلا أن المرتهن إذا طلب الدين يؤمر بحضور الرهن أولاً ويقال له احضر الرهن إذا كان قادراً على الاحضار من غير ضرر زائد ثم مخاطب الراهن بقضاء الدين لأنه لو خوطب بقضائه من غير احضار الرهن ومن الجائز أن الرهن قد هلك وصار المرتهن مستوفياً دينه من الرهن فيؤدي إلى الاستيفاء مرتين وكذلك المشتري يؤمر بتسليم الثمن أولاً إذا كان ديناً ثم يؤمر بالبائع بتسليم المبيع لما ذكرنا في كتاب البيوع إلا أن البائع إذا طلبه بتسليم الثمن يقال له احضر المبيع لجواز أن المبيع قد هلك وسواء كان عين الرهن قائماً في يد المرتهن أو كان في يده بدله بعد أن كان البديل من خلاف جنس الدين نحو ما إذا كان المرتهن مسلطاً على بيع الرهن فباعه بخلاف جنس الدين أو قتل الرهن خطأ وقضى بالدية من خلاف جنس الدين فطالبه المرتهن بدينه كان للراهن أن لا يدفع حتى يحضره المرتهن لأن البديل قائم مقام المبدل فكان المبدل قائم ولو كان قائماً كان له أن يمنع ماله يحضره المرتهن فكذلك إذا قام البديل مقامه ولو كان الرهن على يد عدل وجعل للعدل أن يضعه عنده من أحب وقد وضعه عند رجل فطلب المرتهن دينه بحجر الراهن على قضاء الدين ولا يكلف المرتهن بحضور الرهن لأن قضاء الدين واجب على الراهن على سبيل التضييق إلا أنه رخص له التأخير إلى غاية احضار الدين عند القدرة على الاحضار وهنا لا قدرة للمرتحن على احضاره لأن للعدل أن يمنعه عنه ولو أخذ من يده جبراً كان غاصبا

والى هذا المعنى أشار محمد في الكتاب فقال كيف يؤمر باحضار شئ \* لو أخذه كان غاصبا واذا سقط التكليف بالاحضار زالت الرخصة فيخاطب بقضاء الدين وكذلك اذا وضعا الرهن على يد عدل فغاب العدل بالرهن ولا يدري أين هو لا يكلف المرتن باحضار الرهن ويجبر الراهن على قضاء الدين لما ذكرنا ولو كان الرهن في يد المرتن فالتقياف يلد آخر فطالب المرتن الراهن بقضاء دينه فان كان الدين مما له حمل ومؤنة يجبر الراهن على قضاء الدين ولا يجبر المرتن على احضار الرهن لما ذكرنا ان قضاء الدين واجب عليه على سبيل التضييق والتأخير الى وقت الاحضار للضرورة التي ذكرناها عند القدرة على الاحضار من غير ضرر زائد والمرتن هنا لا يقدر على الاحضار الا بالمسافرة بالرهن أو بقله من مكان العقد وفيه ضرر بالمرتن فسقط التكليف بالاحضار ولو ادعى الراهن هلاك الرهن فقال المرتن لم يهلك فالقول قول المرتن مع يمينه لان الرهن كان قائما والاصل في الثابت بقاءه فالمرتن يستصحب حالة القيام والراهن يدعى زوال تلك الحالة والقول قول من يدعى الاصل لان الظاهر شاهده ولان الراهن بدعى اهلاك يدعى على المرتن استيفاء الدين وهو منكر فكان القول قوله مع يمينه ويحلف على البتات لانه يحلف على فعل نفسه وهو القبض السابق لان المرتن لا يصير مستوفيا بالهلاك لانه لا صنع له فيه بل بالقبض السابق وذلك فعله بخلاف ما اذا كان الرهن عند عدل فغاب بالرهن فاختلف الراهن والمرتن في هلاك الرهن ان هناك يحلف المرتن على العلم لا على البتات لان ذلك تحليف على فعل غيره وهو قبض العدل فتعذر التحليف على البتات فيحلف على العلم كما لو ادعى الراهن انه أوفى الدين وكيل المرتن والمرتن ينكر انه يحلف على العلم لما ذكرنا كذا هذا وان كان الرهن بماله حمل له ولا مؤنة فالقياس انه يجبر على قضاء الدين وفي الاستحسان لا يجبر ما لم يحضر المرتن الرهن لانه ليس في احضاره ضرر زائد وعلى هذا الاصل مسائل في الزيادات ولو اشترى شيئا ولم يقبضه ولم يسلم الثمن حتى لقيه البائع في غير مصره الذي وقع البيع فيه فطالبه بالثمن وأبى المشتري حتى يحضر المبيع لا يجبر المشتري على تسليم الثمن حتى يحضر البائع المبيع سواء كان له حمل ومؤنة أو لم يكن فرق بين البيع والرهن ووجه الفرق ان البيع معاوضة مطلقة والمساواة في المعاوضات المطلقة مطلوبة عادة وشريعة ولا تتحقق المساواة من غير احضار المبيع بخلاف الرهن لانه ليس بمعاوضة مطلقة وان كان فيه معنى المعاوضة فلا يلزم اعتبار المساواة بين الموهون والموهون به وهو الدين في هذا الحكم

﴿ فصل ﴾ وأما الذي يتعلق بحال هلاك الموهون فالمرهون اذا هلك لا يخلو اما ان يهلك بنفسه واما أن يهلك بالاستهلاك فان هلك بنفسه يهلك مضمونا بالدين عندنا والكلام في هذا الحكم في ثلاثة مواضع أحدها في بيان أصل الضمان أنه ثابت أم لا والثاني في بيان شرائط الضمان والثالث في بيان قدر الضمان وكيفية أما الاول فقد اختلف فيه قال أصحابنا رضي الله عنهم ان المرهون يهلك مضمونا بالدين وقال الشافعي رحمه الله يهلك أمانة احتج بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لا يعلق الرهن لا يعلق الرهن لا يعلق الرهن هو لصاحبه الذي رهنه له غنمه وعليه غرمه فقد جعل النبي عليه الصلاة والسلام غرم الرهن على الراهن وانما يكون غرمه عليه اذا هلك أمانة لان عليه قضاء دين المرتن فاما اذا هلك مضمونا كان غرمه على المرتن حيث سقط حقه لا على الراهن وهذا خلاف النص ولان عقد الرهن شرع وثيقة بالدين ولو سقط الدين بهلاك المرهون لكان توهينا لا توثيقا لانه يقع تعرض الحق للتلف على تقدير هلاك الرهن فكان توهينا للحق لا توثيقا له (ولنا) ما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال الرهن بما فيه وفي رواية الرهان بما فيها وهذا نص في الباب لا يحتمل التأويل وروى أن رجلا رهن بدين عند رجل فرساً بحق له عليه فنفق الفرس عنده فطالبه المرتن بحقه فاخصم الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عليه الصلاة والسلام ذهب حقتك ولان المرتن جعل مستوفيا للدين عند هلاك الرهن فلا يملك الاستيفاء ثانيا كما اذا استوفى بالفكالك وتقرير معنى الاستيفاء في الرهن ذكرناه في مسائل الخلاف وأما الحديث



فيحتمل أن يكون معنى قوله عليه الصلاة والسلام لا يخلق الرهن أى لا يهلك إذا الغلق يستعمل في الهلاك كذا قال بعض أهل اللغة وعلى هذا كان الحديث حجة عليه لأنه يذهب بالدين فلا يكون هالكاً بمعنى وقيل معناه أى لا يستحقه المرتهن ولا يملكه عند امتناع الراهن عن قضاء الدين وهذا كان حكماً جاهلياً جاء الإسلام فابطله وقوله عليه الصلاة والسلام عليه غرمه أى ثقته وكفنه ونحن به نقول أنه وثيقة قلنا معنى التوثيق في الرهن هو التوصل إليه في أقرب الأوقات لأنه كان للمرتهن ولاية مطالبته الراهن بقضاء الدين من مطلق ماله وبعد الرهن حدثت له ولاية المطالبة بالقضاء من ماله المعين وهو الرهن بواسطة البيع فازداد طريق الوصول إلى حقه لحصل معنى التوثيق

**فصل** (وأما) شرائط كونه مضموناً عند الهلاك فأشياء منها قيام الدين حتى لو سقط الدين من غير عوض ثم هلك الرهن في يد المرتهن هلك أمانة وعلى هذا يخرج ما إذا أبرأ المرتهن الراهن عن الدين ثم هلك الرهن في يد المرتهن أنه يهلك بغير شيء ولا ضمان على المرتهن فيه إذا لم يوجد منه منع الرهن من الراهن عند طلبه استحساناً والقياس أن يضمن وهو قول زفر ولو استوفى دينه ثم هلك الرهن في يده يهلك بالدين وعليه بدل ما استوفى وزفر سوي بين الأبراء والاستيفاء ونحن نفرق بينهما (وجه) القياس أن قبض الرهن قبض استيفاء ويقرر ذلك الاستيفاء عند الهلاك فيصير كأنه استوفى الدين ثم أبرأ عنه ثم هلك الرهن ولو كان كذلك يضمن كذا هذا ولأن المرهون لما صار مضموناً بالقبض يبقى الضمان ما بقي القبض وقد بقي لا نعدم ما ينقضه وجه الاستحسان أن كون المرهون مضموناً بالدين يستدعي قيام الدين لأن الضمان هو ضمان الدين وقد سقط بالأبراء فاستحال أن يبقى مضموناً به وقد خرج الجواب عن قوله أن الاستيفاء يتقرر عند الهلاك لأننا نقول نعم إذا كان الدين قائماً فإذا سقط بالأبراء لا يتصور الاستيفاء وهذا بخلاف ما إذا استوفى الدين ثم هلك الرهن في يد المرتهن لأن قبض الرهن قائم والضمان متعلق به فيبقى ما بقي القبض مالم يوجد المسقط والاستيفاء لا يسقط الضمان بل يقرره لأن المستوفى يصير مضموناً على المرتهن بخلاف الأبراء لأنه مسقط لأن الأبراء اسقاط فلا يبقى الضمان فهو الفرق هذا إذا لم يوجد من المرتهن منع الرهن من الراهن بعد طلبه فإن وجد ثم هلك الرهن في يده ضمن كل قيمته لأنه صار غاصباً بالمنع والمغصوب مضمون بكل القيمة وعلى هذا يخرج ما إذا أخذت المرأة بصدقها رهنًا ثم طلقها الزوج قبل الدخول ثم هلك الرهن في يدها أنه لا ضمان عليها في نصف الصداق الذي سقط بالطلاق لأنهم انصرفوا مستوفية لذلك النصف عند هلاك الرهن لسقوطه بالطلاق فلم يبق القبض مضموناً وكذلك لو أخذت بالصدق رهنًا ثم ارتدت قبل الدخول بها حتى سقط الصداق ثم هلك الرهن في يدها لا ضمان عليها لأن الصداق لم يسقط بالردة لم يبق القبض مضموناً فصار كما لو أبرأت عن الصداق ثم هلك الرهن في يدها ولو لم يكن المهر مسمى حتى وجب مهر المثل فأخذت بمهر المثل رهنًا ثم طلقها قبل الدخول بها حتى وجبت عليه المتعة لم يكن له أن يجبس الرهن بالمتعة ولو هلك في يدها ولم يوجد منها منع يهلك بغير شيء والمتعة باقية على الزوج وهذا قول أبي يوسف وقال محمد لها حق الحبس بالمتعة ولقب المسئلة أن الرهن بمهر المثل هل يكون رهنًا بالمتعة عند أبي يوسف لا يكون وعند محمد يكون ولم يذكر قول أبي حنيفة في الأصل وذكر الكرخي رحمه الله قوله مع قول أبي يوسف وجده قول محمد أن الرهن بالشئ رهن يبدله في الشرع لأن بدل الشئ يقوم مقامه كأنه هو وهذا كان الرهن بالمغصوب رهنًا بقيمته عند هلاكه والرهن بالمسلم فيه رهنًا برأس المال عند الأقالمة والمتعة بدل عن نصف المهر لأنه يجب بالسبب الذي يجب به مهر المثل وهو النكاح عند عدمه وهذا أحد البدل في أصل الشيوع ولأبي يوسف أن المتعة وجبت أصلًا بنفسها لا بدلاً عن مهر المثل والسبب انعقد لوجوبها ابتداءً كما أن العقد لوجوب مهر المثل بالطلاق زال في حق أحد الحاكمين وبقي في حق الحكم الآخر لأنه لا يعمل فيه إلا بعد الطلاق فكان الطلاق شرطاً لعمل السبب وهذا لا يدل على كونها بدلاً كما في سائر الأسباب المتعلقة بالشروط ولو أسلم في طعام وأخذ به رهنًا ثم تقاسخ العقد كان له أن يجبس الرهن برأس المال لأن رأس المال بدل عن المسلم فيه فإن هلك الرهن في يده يهلك بالطعام لأن

القبض حين وجوده وقع مضمونا بالطعام وبالأقاليم يسقط الضمان أصلا لأن بدله قائم وهو رأس المال فيبقى القبض مضمونا على ما كان بخلاف ما إذا أبرأه عن الدين ثم هلك الرهن في يد المرتهن أنه يهلك بغير شيء لأن الضمان هناك يسقط أصلا ورأساً فخرج القبض من أن يكون مضمونا ولو اشترى عبداً أو ثياباً بضمائم تفاسخا كان للمشتري أن يحبس المبيع حتى يستوفي الثمن لأن المشتري بعد التفاسخ ينزل منزلة البائع وللبائع حق حبس المبيع حتى يستوفي الثمن فكذا المشتري وكذلك لو أن البائع سلم المبيع وأخذ بالثمن رهنًا من المشتري ثم تقايلا كان للبائع أن يحبس الرهن حتى يقبض المبيع كما في السلم ومنها أن يكون هلاك المرهون في قبض الرهن فإن لم يكن لا يكون مضمونا بالدين وإن بقي عقد الرهن لأن المرهون إنما صار مضمونا بالقبض فإذا خرج عن قبض الرهن لم يبق مضمونا وعلى هذا يخرج ما إذا غصب الرهن غاصب فهلك في يده أنه لا يسقط شيء من الدين لأن قبض الغاصب أبطل قبض الرهن وإن لم يبطل عقد الرهن حتى كان للمرتهن أن ينقض قبض الغاصب فيرده إلى الرهن وعلى هذا يخرج ما إذا استعار المرتهن الرهن من الراهن لينتفع به فهلك أنه إن هلك قبل أن يأخذ في الانتفاع أو بعد ما فرغ عنه يهلك بالدين وإن هلك في حال الانتفاع يهلك أمانة لأن المرهون قبل أن يأخذ في الانتفاع على حكم قبض الرهن لا نعدام ما ينقضه وهو قبض الانتفاع وإذا أخذ في الانتفاع فقد نقضه لوجود قبض العارية وقبض العارية ينافي قبض الرهن لأنه قبض أمانة وقبض الرهن قبض ضمان فإذا جاء أحدهما انتفى الآخر ثم إذا فرغ من الانتفاع فقد انتهت قبض العارية فعاد قبض الرهن وكذلك إذا أذن الراهن للمرتهن في الانتفاع بالمرهون فهو على التفصيل ولو استعاره الراهن من المرتهن لينتفع به فقبضه خرج عن ضمان الرهن حتى لو هلك في يده يهلك أمانة والدين على حاله لأن قبضه قبض العارية وأنه قبض أمانة فينافي قبض الضمان وكذلك لو أذن المرتهن للراهن بالانتفاع بالرهن وكذلك لو أعاره الراهن من أجنبي باذن المرتهن أو أعاره المرتهن باذن الراهن من أجنبي وسلمه إلى المستعير فالمرهون في هذه الوجوه كلها يخرج عن ضمان الرهن ولا يخرج عن عقد الرهن والخروج عن الضمان لا يوجب الخروج عن العقد كزوائد الرهن ولو كان المرهون جارية فاستعارها الراهن فولدت في يده ولد أقال ولد رهن لأن الأصل مريضون لقيام عقد الرهن حتى لو هلك الجارية قبل أن يقبض المرتهن الولد فالدين قائم والولد رهن بجميع المال لأن الضمان وإن فات فالعقد قائم وفوات الضمان لا يوجب بطلان العقد على ما مر وإذا بقي العقد في الأم صار الولد مرقوبا تبعاً للام فكان له أن يحبس به بجميع المال وكذلك الولد هذه الابنة ولداً فانهما رهن بجميع المال وإن ماتا لم يسقط شيء من الدين لأن الولد ليس بمضمون ألا ترى أن الأم لو كانت قائمة فهلك الولد لا يسقط شيء من الدين فكذا إذا كانت هالكة ولا يفتك الراهن واحداً منهما حتى يؤدي المال كله لانهما دخلا جميعاً في العقد فلا يملك الراهن التفريق ولومات الراهن والرهن قائم في يده قبل أن يرد إلى المرتهن المرتهن أحق به من سائر الغرماء لقيام عقد الرهن وإن بطل الضمان كما في ولد الرهن أن المرتهن أحق به وإن لم يكن فيه ضمان ولو أعار الراهن الرهن من المرتهن أو أذن له بالانتفاع به فباع يفتك الرهن وهو ثوب وبه خرق باختلاف فقال الراهن حدث هذا في يدك قبل اللبس أو بعد ما لبسته ورددته إلى الرهن وقال المرتهن لا بل حدث هذا في حال اللبس فالقول قول المرتهن لانهم لما اتفقا على اللبس فقد اتفقا على خروجه من الضمان فالراهن يدعي عوده إلى الضمان والمرتهن ينكر فكان القول قوله هذا إذا اتفقا على اللبس واختلفا في وقته فأما إذا اختلفا في أصل اللبس فقال الراهن لم ألبسه ولكنه تحرق وقال المرتهن لبسته فتحرق فالقول قول الراهن لانهم اتفقا على دخوله في الضمان فالمرتهن يدعي الخروج من الضمان والراهن ينكر فكان القول قوله وإن أقام الراهن البيينة أنه تحرق في ضمان المرتهن وأقام المرتهن البيينة أنه تحرق بعد خروجه من الضمان فالبيينة بينة الراهن لأن بينته مثبتة لأنها تثبت الاستيفاء وبينه المرتهن تنفي الاستيفاء فالمثبتة أولى (ومنها) أن يكون المرهون مقصوداً فلا تكون الزيادة المتولدة من الرهن أو ما هو في حكم المتولد كالولد والثر واللبن والصوف والعقر ونحوها مضمونا إلا الأرض خاصة حتى

لوهلك شيء من ذلك لا يسقط شيء من الدين الا الارش فانه اذا هلك تسقط حصته من الدين وانما كان كذلك لان  
الولد ليس برهون مقصود ابل تبعه الاصل كولد المبيع على أصل أحبابنا انه مبيع تبعه الا مقصودا والمرهون تبعه  
لا حصته له من الضمان الا اذا صار مقصودا بالفكالك كما أن المبيع تبعه الا حصته له من الثمن الا اذا صار مقصودا بالقبض  
بخلاف الارش لانه بدل المرهون لان كل جزء من أجزاء الرهن مرهون وبدل الشيء قائم مقامه كأنه هو فكان حكمه  
حكم الاصل والاصل مضمون فكذا بدله بخلاف الولد ونحوه وبخلاف الزيادة على الرهن انها مضمونة لانها  
مرهونة مقصودا لتبعه لان الزيادة اذا سحت التحقت بأصل العقد كان العقد وردي على الزيادة والمز يد عليه على ما ذكر  
في موضعه ان شاء الله تعالى ولوهلك الاصل بقيت الزيادة يقسم الدين على الاصل والزيادة على قدر قيمتهما وتعتبر  
قيمة الاصل وقت القبض وان شئت قلت وقت العقد وهو اختلاف عبارة والمعنى واحد لان الايجاب والقبول  
لا يصير عقدا شرعا الا عند القبض وتعتبر قيمة الزيادة وقت الفكالك لان الاصل انما صار مضمونا بالقبض فتعتبر  
قيمة يوم القبض والزيادة انما يصير لها حصته من الضمان بالفكالك فتعتبر قيمتها حينئذ لان هذه القسمة للحال  
ليست قسمة حقيقية بل من حيث الظاهر حتى تتغير بتغير قيمة الزيادة الى الزيادة والنقصان من حيث السعر والبدن  
والقسمة الحقيقية وقت الفكالك ولا تتغير القسمة بتغير قيمة الاصل بالزيادة والنقصان في السعر أو في البدن لان  
الاصل دخل في الضمان بالقبض والقبض لا يتغير فلا يتغير الضمان والولد انما يأخذ قسطا من الضمان بالفكالك فتعتبر  
قيمتها يوم الفكالك وشرح هذه الجملة اذا رهن جارية قيمتها الف ألف فولدت ولدا يساوي الف فان الدين يقسم على  
قيمة الام والولد نصفين فيكون في كل واحد منهما خمسمائة حتى لو هلكت الام سقط نصف الدين وبقي الولد رهنها  
بالنصف الباقي يفتكه الراهن به ان بقي الى وقت الافتكالك وان هلك قبل ذلك هلك بغير شيء وجعل كأن لم يكن  
وعادت حصته من الدين الى الام وتبين ان الام هلكت بجميع الدين وان لم يهلك لكن تغيرت قيمته الى الزيادة فصار  
يساوي القين بطلت قسمة الانصاف وصارت القسمة أثلاثا للثلاثين في الولد والثلاث في الام وتبين ان الام هلكت  
بثلث الدين وبقي الولد رهنها بالثلثين فان ازدادت قيمته وصار يساوي ثلاثة آلاف بطلت قسمة الثلاث وصارت  
القسمة أربع باعثة للثلاثة أربع الدين في الولد ور بع في الام وتبين ان الام هلكت بر بع الدين وبقي الولد رهنها بثلاثة  
أرباعه ولو تغيرت قيمته الى النقصان فصار يساوي خمسمائة بطلت قسمة الاربع وصارت القسمة أثلاثا للثلاثين  
في الام والثلث في الولد وتبين ان الام هلكت بثلاثي الدين وبقي الولد رهنها بالثلث هكذا على هذا الاعتبار وسواء كان  
الولد واحدا أو أكثر ولدوا معا أو متفرقا يقسم الدين على الام وعلى الاولاد على قدر قيمتهم لكن تعتبر قيمة الام يوم  
العقد وقيمة الاولاد يوم الفكالك لما ذكرنا وولد الولد في القسمة حكمه حكم الولد حتى لو ولدت الجارية بنتا وولدت  
بنتها ولدا فهما بمنزلة الولدين حتى يقسم الدين على الجارية وعليهما على قدر قيمتهم ولا يقسم على الجارية وعلى الولد  
الاصل ثم يقسم باقيه عليه وعلى ولده لان ولد الرهن ليس بمضمون حتى يتبعه ولده فكأنهما في الحكم ولدان ولو  
ولدت الجارية ولدا ثم قصت قيمة الام في السعر أو في البدن فصارت تساوي خمسمائة أو زادت قيمتها فصارت  
تساوي ألفين والولد على حاله يساوي ألفا فالدين بينهما نصفان لا يتغير عما كان وان كانت الام على حالها وانتقصت  
قيمة الولد بعيب دخله أو لسر فصار يساوي خمسمائة صار الدين فيهما أثلاثا للثلاثين في الام والثلث في الولد ولو  
زادت قيمة الولد فصار يساوي القين فثلثا الدين في الولد والثلث في الام حتى لو هلكت الام بقي الولد رهنها بالثلثين  
لما ذكرنا ان الاصل انما دخل تحت الضمان بالقبض والقبض لا يتغير فلا يتغير القسمة والولد انما يصير له حصته من الضمان  
بالفكالك فتعتبر قيمته يوم الفكالك ولو اعورت الام بعد الولادة أو كانت اعورت قبلها ذهب من الدين بعور رها به  
وذلك مائتان وخمسون وبقي الولد رهنها بثلاثة أربع الدين وذلك سبع مائة وخمسون وهذا الجواب فيما اذا ولدت  
ثم اعورت ظاهرا لان الدين قبل الاعورار كان فيهما نصفين في كل واحد منهما خمسمائة فاذا اعورت والعين من

الآدمي نصفه فذهب قدر ما فيها من الدين وهو نصف نصف الدين وهو ربع الكل وبقي الولد رهنا بقيمة الدين وهو ثلاثة الأرباع (فأما) إذا عورت ثم ولدت ففيه اشكال من حيث الظاهر وهو ان قبل الا عورار كان كان كل الدين فيها وبالاعورار ذهب النصف وبقي النصف فاذا ولدت ولدا فينبغي أن يقسم النصف الباقي من الدين على الجارية العوراء وعلى ولدها أثلاثا الثلثان على الولد والثلث على الام (والجواب) ان ذهاب نصف الدين بالاعورار لم يكن حجابا بل على التوقف على تقدير عدم الولادة فاذا ولدت تبين انه لم يكن ذهب بالاعورار إلا ربع الدين لان الزيادة تجعل كأنها موجودة لدى العقد فصار كأنها ولدت ثم عورت ولو هلك الولد وقد عورت الام قبل الولادة أو بعدها ذهب نصف الدين بالاعورار لان الولد لما هلك التحق بالعدم وجعل كأن لم يكن وعادت حصته الى الام وتبين ان الام كانت رهنا بجميع الدين فاذا عورت ذهب بالاعورار نصفه وبقي النصف الآخر ولو لم يهلك ولكنه اعور لم يسقط باعوراره شيء من الدين لانه لو هلك لا يسقط فاذا اعور أولى لكن تلك القسمة التي كانت من حيث الظاهر تتغير لانها محتمل التغير بتغير قيمة الولد الى الزيادة والنقصان لما ذكرنا فيما تقدم وعلى هذا تخرج الزيادة في الرهن انها مضمونة على أصل أصحابنا الثلاثة بأن رهن جارية ثم زاد عبد لأن هذه زيادة مقصودة لورود فعل الرهن عليها مقصود أفكانت رهونة أصلا لا تبعاً فكانت مضمونة ويقسم الدين على المزبد عليه والزيادة وجملة الكلام في كيفية الانقسام ان الراهن لا يخلو (أما) ان زاد في الرهن وليس في الرهن نماء (وأما) ان كان فيه نماء فان لم يكن فيه نماء يقسم الدين على المزبد عليه والزيادة على قدر قيمتها حتى لو كانت قيمة الجارية والفاو قيمة العبد الف والدين الف كان الدين فيهما نصفين في كل واحد منهما خمسمائة ولو كانت قيمة العبد الزيادة خمسمائة كان الدين فيهما أثلاثا الثلثان في العبد والثلث في الجارية وأيهما هلك يهلك بحصته من الدين لان كل واحد منهما رهون مقصودا لا تبعاً لأنه اعتبر قيمة المزبد عليه يوم العقد وهو يوم قبضه وقيمة الزيادة يوم الزيادة وهو يوم قبضها ولا يعتبر تغير قيمتها بعد ذلك لان الزيادة والنقصان كل واحد منهما انما دخل في الضمان بالقبض فتعتبر قيمته يوم القبض والقبض لم يتغير بتغير القيمة فلا تتغير القسمة بخلاف زيادة الرهن وهي نماء وان القسمة تتغير بتغير قيمتها لانها رهونة تبعاً لأصلاً والمرهون تبعاً لا يأخذ حصته من الضمان الا بالفكالك فتعتبر قيمتها يوم الفكالك فكانت القسمة قبله محتملة للتغير ولو نقص الرهن الاصل في يده حتى ذهب قدره من الدين ثم زاده الراهن بعد ذلك رهنا آخر يقسم ما بقي من الدين على قيمة الباقي وعلى قيمة الزيادة يوم قبضت نحو ما اذا رهن جارية قيمتها الف بالف فاعورت حتى ذهب نصف الدين وبقي النصف ثم زاد الراهن عبد اقيمته الف يقسم النصف الباقي على قيمة الجارية عوراء وعلى قيمة العبد الزيادة أثلاثا فيكون ثلثا هذا النصف وذلك ثلثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث في العبد الزيادة والثلث وذلك مائة وستة وستون وثلثان في الجارية ففرق بين الزيادة في الرهن وزيادة الرهن وهي نماء بأن عورت الجارية ثم ولدت ولدا قيمته ألف أن الدين يقسم على قيمة الجارية يوم القبض صحيحة وعلى قيمة الولد يوم الفكالك نصفين فيكون في كل واحد منهما خمسمائة ثم ما أصاب الام وهو النصف ذهب بالاعورار نصفه وهو مائتان وخمسون وبقي ثلثة ارباع الدين وذلك سبعمائة وخمسون في الام والولد ثلثا ذلك خمسمائة في الولد وثلث ذلك مائتان وخمسون في الام وفي الزيادة على الرهن يبقى الاصل والزيادة بنصف الدين (ووجه) الفرق بين الزيادة أن حكم الرهن في هذه الزيادة وهي الزيادة على الرهن ثبت بطريق الاصل لا بطريق التبعية لكونها زيادة مقصودة لورود فعل العقد عليها مقصودا فيعتبر في القسمة ما بقي من الدين وقت الزيادة ولم يبق وقت الزيادة الا النصف فيقسم ذلك النصف عليهما على قدر قيمتهما بخلاف زيادة الرهن لانها ليست برهونة مقصودا لانعدام وجود الرهن فيها مقصودا بل تبعاً للاصل لكونها متولدة منه فيثبت حكم الرهن فيها تبعاً للاصل كأنها متصلة به فتصير كأنها موجودة عند العقد فكان الثابت في الولد غير ما كان ثابتاً في الام فيعتبر في القسمة قيمة الام يوم القبض وكذلك لو قضى الراهن للمرتهن من الدين خمسمائة ثم زاده في الرهن

عبد اقيمتة ألف أن هذه الزيادة تلحق الخمسة الباقية فيقسم على نصفه قيمة الجارية وهي خمسة وأعلى قيمة العبد الزيادة وبقى ألف أثلاثا لها في العبد وثلثا في الجارية حتى لو هلك العبد هلك بثلثي الخمسة وذلك ثلثا وثلثا وثلثا وثلاثون وثلث ولو هلك الجارية هلك بالثلث وذلك مائة وستة وستون وثلثان لأن الزيادة زيادة على المهرين والمهرين محبوس بالدين والمحبوس بالدين هو نصف الجارية لا كلها ولم يبق نصف الدين لصيرورته مقضيا فالزيادة تدخل في الباقي وينقسم الباقي على قيمة نصف الجارية وعلى قيمة الزيادة أثلاثا ولو قضى خمسة ثم اعورت الجارية قبل أن يزبد الرهن ثم زاد عبد اقيمتة ألف درهم قسم مائتان وخمسون على نصف نصف الجارية الموراء وعلى الزيادة على خمسة أسهم أربعة من ذلك في الزيادة وسهم في الجارية الموراء لأنه لما قضى الرهن خمسة ففرغ نصف الجارية شائع من الدين وبقى النصف الباقي في نصفها شائعا وذلك خمسة فإذا اعورت فقد ذهب نصف ذلك النصف بما فيه من الدين وذلك مائتان وخمسون وبقى مائتان وخمسون من الدين فيما لم يذهب من نصف الجارية فإذا هذه الزيادة تلحق هذا القدر فيقسم هذا القدر في الاصل والزيادة أخماسا أربعة أخماسه وذلك مائتان في الزيادة وخمسة وذلك خمسون في الاصل هذا إذا زاد وليس في الرهن نماء فأما إذا زاد وفيه نماء بأن رهن جارية قيمتها ألف بألف فولدت ولدا يساوي ألفا ثم زاده عبد اقيمتة ألف فالرهن لا يخلو أمانا زادوا لام قاعة وأمانا زاد بعد ما هلك الام فان كانت قاعة فزاد لا يخلو أمانا جعله زيا على الولد وعلى الام أو عليهما جميعا وأطلق الزيادة ولم يسم المزيدي عليه انه الام أو الولد فان جعله زيا على الولد فهو رهن مع الولد خاصة ولا يدخل في حصة الام لأن الاصل وقوع تصرف العاقل على الوجه الذي أوقعه وقد جعله زيا على الولد فيكون زيا معه فيقسم الدين أولا على الام والولد على قدر قيمتهما تعتبر قيمة الام يوم العقد وقيمة الولد يوم الفكاك ثم ما أصاب الولد يقسم عليه وعلى العبد الزيادة على قدر قيمتهما وتعتبر قيمة الولد يوم الفكاك لما بينا فبا تقدم وقيمة الزيادة وقت الزيادة وهي وقت قبضها لانها انما جعلت في الضمان بالقبض فتعتبر قيمتها يوم القبض ولو هلك الولد بعد الزيادة بطلت الزيادة لأنه اذا هلك جمل كأن لم يكن أصلا ورأسا فلم تتحقق الزيادة عليه لأن الزيادة لا بد لها من مزيد عليه فتبين ان الزيادة لم تقع رهنا وان جعله زيا على الام فهو على ما جعل لما ذكرنا ان الاصل اعتبار تصرف العاقل على الوجه الذي باشره ولأنه لو أطلق الزيادة لوقعت على الام فعند التقيد والتنصيب أولى واذا وقعت زيا على الام جمل كأنها كانت موجودة وقت العقد فيقسم الدين عليهما على قدر قيمتهما تعتبر قيمة الاصل يوم العقد وقيمة الزيادة يوم القبض ثم ما أصاب الام يقسم عليها وعلى ولدها على اعتبار قيمة الام يوم العقد وقيمة الولد يوم الفكاك ولومات الولد أو زادت قيمته أو ولدت ولدا فالحكم في حق العبد للزيادة لا تتغير ويقسم الدين أولا على الجارية والعبد نصفين ثم ما أصاب الام يقسم عليها وعلى ولدها وتعتبر زيا على الولد في حق الام ولا تعتبر في حق العبد سواء زاد بعد حدوث الولد أو قبله لأن الولد في حق الزيادة وجوده وعدمه بمنزلة واحدة ولو هلك الام بعد الزيادة ذهب ما كان فيها من الدين وبقى الولد وان الزيادة بما فيها بخلاف ما اذا هلك الولد انه تبطل الزيادة لأن بهلاك الام لا يتبين ان العقد لم يكن بل يتناهى ويتقرر حكمه فهلاكه لا يوجب بطلان الزيادة بخلاف الولد لأنه اذا هلك التحق بالعدم من الاصل وجعل كأن لم يكن فتبين أن الزيادة لم تصبح رهنا ولو هلك الولد بعد الزيادة ذهب بغير شيء لأن الولد غير مضمون بالهلاك فإذا هلك جعل كأن لم يكن وجعل كأن الزيادة حدثت ولا بد للجارية كذلك وان جعله زيا على الام والولد جميعا فالعبد زيا على الام خاصة ولا عبرة للولد في حق الزيادة ولا يدخل في حصتها وانما يعتبر في حق الام ويدخل في حصة الام والولد في حق الزيادة حال وجود الام كالعدم فلا تصلح الزيادة عليه في حال قيام الام فيقسم الدين على الاصل والعبد الزيادة باعتبار قيمتهما قيمة الاصل يوم العقد وقيمة الزيادة يوم الزيادة ثم يقسم ما أصاب الام قسمة أخرى بينهما وبين ولدها على اعتبار قيمتهما يوم العقد ويوم الفكاك كذلك وان أطلق الزيادة ولم يسم الام

ولا الولد فان زيادة رهن مع الام خاصة لان الزيادة لا بد لها من مزيد عليه وكل واحد منهما على الاثر اذ يصلح  
مزيدا عليه الا ان الام اصل في الرهن والولد تابع فبعد الاطلاق جعلها زيادة على الاصل أولى واذا صارت  
الزيادة رهن مع الام يقسم الدين قسمين على نحو ما بينا هذا اذا كانت الام قائمة وقت الزيادة (فأما) اذا هلك  
الام ثم زاد والعبد زيادة على الولد فكانا جميعاً رهناً بخمسائة فهلك الرهن كل واحد منهما بمائتين وخمسين لان الزيادة  
تستدعي مزيدا عليه والهالك خرج عن احتان ذلك فتعين الولد مزيدا عليه وقد ذهب نصف الدين بهلاك الام  
وبقي النصف وذلك خمسمائة فينقسم ذلك على الزيادة والولد على قدر قيمتهما ولو هلك الولد أخذ الراهن العبد بغير  
شيء لانه لما هلك فقد التحق بالعدم وجعل كأنه لم يكن وعادت حصته الى الام فتبين انها هلكت بجميع الدين  
فتبين ان الزيادة حصلت بعد سقوط الدين فلم تصح ولو هلك العبد ان زيادة بعد هلاك الولد في يد المرتهن هلك أمانة  
الا اذا منع بعد الطلب لانه تبين أنه لم يكن رهن في الحقيقة لما بينا فصار كما اذا رهن بدين ثم تصادقا على أنه لا دين ثم هلك  
الرهن أنه يهلك أمانة لما قلنا كذا هذا الا اذا منع بعد الطلب لانه صار غاصباً بالمنع فيلزمه ضمان العصب (وأما) بيان  
كيفية الضمان وقدره فالرهن لا يخلو اما أن يكون من جنس حق المرتهن أو من خلاف جنس حقه فان كان من خلاف  
جنس حقه فاما أن يكون شيئاً واحداً واما أن يكون أشياء فان كان شيئاً واحداً يهلك مضموناً بالاكل من قيمته ومن الدين  
وتفسيره اذا رهن عبداً قيمته الف بألف فهلك ذهب الدين كله وان كانت قيمة العبد الفين فهلك ذهب كل الدين  
أيضاً وفضل الرهن يهلك أمانة وان كانت قيمته خمسمائة ذهب من الدين خمسمائة ويرجع المرتهن على الراهن بفضل  
الدين وهذا قول عامة العلماء وجماعة من الصحابة رضى الله عنهم مثل سيدنا عمر وعبد الله بن مسعود وهورواه عن  
سيدنا علي رضى الله عنهم ومنهم من قال انه مضمون بقيمته بالغة ما بلغت أي على المرتهن بفضل قيمة الرهن وهكذا  
روي عن ابن سيدنا عمر رضى الله عنهما ومنهم من قال انه مضمون بالدين بالغا ما بلغ أي يذهب كل الدين قلت قيمة  
الدين أو كثرت وهو مذهب شريح وعن سيدنا علي رضى الله عنه رواية أخرى أنه قال يتراد ان الفضل يعني ان كانت  
قيمة الرهن أكثر فالرهن أن يرجع على المرتهن بفضل القيمة وان كانت قيمته أقل فللمرتهن أن يرجع على الراهن  
بفضل الدين واختلافهم على هذا الوجه حجة على الشافعي رحمه الله في قوله ان المرهون أمانة لان اختلافهم في كيفية  
الضمان وقدره اتفاق منهم على كونه مضموناً فانكار الضمان أصلاً يرجع الى مخالفة الاجماع فكان باطلاً ثم الرجحان في  
كيفية الضمان لقول سيدنا عمر وابن مسعود رضى الله عنهما لان المرهون مضمون عندنا بطريق الاستيفاء لان قبض  
الرهن قبض استيفاء ويتقرر الاستيفاء عند الهلاك فيتقرر الضمان فيه بقدر الاستيفاء فان كانت قيمة الرهن مثل  
الدين أمكن تحقيق الاستيفاء لان استيفاء الدين مثله صورة ومعنى أو معنى لا صورة واذا كانت قيمته أكثر لا يحقق  
الاستيفاء الا في قدر الدين ولا يحقق في الزيادة لان استيفاء الاقل من الأكثر يكون ربا واذا كانت قيمته أقل لا يمكنه  
تحقيق الاستيفاء الا بقدر الدين لان استيفاء الاكثر من الاقل لا يتصور هذا اذا كان المرهون شيئاً واحداً فاما اذا كان  
أشياء بأن رهن عشرين أو ثوبين أو دابتين أو نحو ذلك فلا يخلو (اما) ان أطلق الرهن ولم يسم لكل واحد منهما شيئاً من  
الدين (واما) ان قيد وسمى لكل واحد منهما قدراً معلوماً من الدين فان أطلق يقسم الدين عليهما على قدر قيمتهما  
وكان كل واحد منهما مضموناً بالاقل من قيمة نفسه ومن حصته من الدين لان كل واحد منهما امرهون والمرهون  
مضمون بالدين فلا بد من قسمة الدين على قيمتهما ليعرف قدر ما في كل واحد منهما من الضمان كما ينقسم الثمن عليهما في  
باب البيع باعتبار قيمتهما لمعرفة مقدار الثمن لان المرهون مضمون بالدين كما أن البيع مضمون بالثمن وان قيد كان كل  
واحد منهما مضموناً بالاقل من قيمته ومما سمي له لانه لما سمي وجب اعتبار التسمية فينظر الى القدر المسمى لكل واحد  
منهما فايهما هلك يهلك بالاقل من قيمته ومن القدر المسمى كما في باب البيع اذا سمي لكل واحد من المبيعين ثمناً أنه ينقسم  
الثمن عليهما بالقدر المسمى كذا هذا اذا كان المرهون من خلاف جنس الدين وهلك في يد المرتهن فاما اذا كان من

جنسه بأن رهنه وزنا بجنسه أو مكىلا بجنسه وهلك في يد المرتهن فقد اختلف أصحابنا فيه قال أبو حنيفة يهلك مضمونا بالدين باعتبار الوزن دون القيمة حتى لو كان وزن الرهن بمثل وزن الدين وقيمته أقل منه فهلك يذهب كل الدين عنده وعند أبي يوسف ومحمد يضمن القيمة من خلاف الجنس على ما نذكر فنأصل أبي حنيفة أنه يعتبر الوزن دون القيمة في الهالك ومن أصلهما أنهما يعتبران الوزن فيما لا يتضرر به المرتهن فاما فيما يتضرر به فيضمنان القيمة من خلاف الجنس (وأما) في الانكسار فابو حنيفة يضمن القيمة وكذلك أبو يوسف عند الاستواء في الوزن والقيمة ولا يريان الجعل بالدين أصلا ومحمد يجعل بالدين لكن عند الامكان بأن لا يؤدي ذلك الى الضرر بالراهن ولا بالمرتهن ولا يؤدي الى الربا فان أدى الى شيء مما ذكرنا فإنه لا يجعل بالدين أيضا وإذا كانت قيمة الرهن أكثر فابو يوسف يجعل النقصان الحاصل بالانكسار شائعا في قدر الامانة والمضمون فما كان في الامانة يذهب بغير شيء وما كان في المضمون يضمن المرتهن قيمته ويهلك من الرهن بقدره ومحمد رحمه بصرف النقصان الى الزيادة وإذا كثرت النقصان حتى انتقص من الدين بخير الراهن بين أن يفتكه وبين أن يجعله بالدين ومن أصل أبي حنيفة أنه يجوز استيفاء الزوف من الجياد حتى لو أخذ صاحب الدين الزوف عن الجياد ولم يعلم به حتى هلك عنده سقط دينه وكذا عند محمد إلا أن محمد أترك أصله في الرهن وعند أبي يوسف لا يسقط بل يرد مثل ما قبض وأخذ مثل حقه فمن أصله أنه لا يجوز استيفاء الزوف عن الجياد فهذه أصول هذه المسائل (وأما) تخير مجعلا على هذه الأصول فنقول وبالله التوفيق إذا كان الدين عشرة دراهم فرهن به قلب فضة فهلك أو انكسر في يد المرتهن فوزن القلب لا يلحقه أمان أن يكون مثل وزن الدين بأن كان عشرة أو أمان أن يكون أقل من وزنه بأن كان ثمانية وأمان أن يكون أكثر من وزنه بأن كان اثني عشر وكل وجه من هذه الوجوه يدخله الهلاك والآنكسار فان كان وزن القلب مثل وزن الدين عشرة فان كانت قيمته مثل وزنه فهلك يهلك بالدين بلا خلاف لان في وزنه وقيمته وقاء بالدين ولا ضرر فيه بأحد ولا فيه بأفهلك بالدين على ما هو حكم الرهن عندنا وان انكسر وانتقص لا يجبر الراهن على الافتكالك بلا خلاف لانه لو افتكك أمان يفتكه بجميع الدين وأما أن يسقط شيء من الدين بمقالة النقصان لا سبيل الى الاول لان فيه ضررا بالراهن لقوات حقه عن الجودة والصناعة من غير عوض ولا سبيل الى الثاني لانه يؤدي الى الربا لان الدين والرهن يستويان في الوزن والجودة لقيمة لها شرعا عند مقابلة بجنسها فكانت ملحقة بالعدم شرعا فيكون إيفاء عشرة بمثابة فتكون ربا في تخيران شاء افتكك بجميع الدين ورضى بالنقصان وان شاء ضمن المرتهن قيمته بالغة ما بلغت فكانت رهنا مكانه وبصير القلب ملكا للمرتهن بالضمان وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمدان شاء افتكك بجميع الدين وان شاء جعله بالدين وبصير ملك المرتهن بدينه (وجه) قول محمدان ضمان القيمة لا يناسب قبض الرهن لان ذلك موجب قبض هو تعدي كقبض الغصب وقبض الرهن مأذون فيه فلا يناسب ضمان القيمة ويناسبه الجعل بالدين لانه قبض استيفاء وفي الجعل بالدين تقرير الاستيفاء (وجه) قولهما ان جعل الرهن بالدين حال قيامه من أعمال الجاهلية جاء الاسلام وأبطله بقوله لا يعلق الرهن والجعل بالدين غلق الرهن فكان باطلا وبه تبين ان ملك الرهن بالدين لا يجوز ان يكون حكم هذا التصرف وان حكمه ملك اليد والحبس لا ملك العين والرقبة (فاما) ضمان القيمة فيصالح حكاه في الجملة ألا ترى ان محمد يقول به عند تعذر الجعل بالدين على ما نذكر وان كانت قيمته أقل من وزن الدين بأن كانت ثمانية فهلك يهلك بجميع الدين عند أبي حنيفة رحمه الله لانه يعتبر الوزن دون القيمة عند الهلاك وفي وزنه وقاء الدين وعندهما لا يهلك بالدين ويضمن المرتهن قيمته من خلاف جنسه (وجه) قولهما أنه لو هلك بالدين (أما) ان يهلك بوزنه (وأما) أن يهلك بقيمته لا سبيل الى الاول لان فيه ضررا بالمرتحن ولا وجه الى الثاني لانه يؤدي الى الربا فيخير المرتحن بين أن يرضى بسقوط الدين وبين أن يضمن قيمة الرهن من خلاف جنسه فيكون رهنا مكانه ولا يبي حنيفة رحمه الله ان قبض الرهن قبل استيفاء الجيد والردى في الاستيفاء على السواء لان استيفاء الزوف عن الجياد جائز عنده وان

انكسر فالراهن بالخيار ان شاء افتكه بجميع الدين وان شاء ضمن المرتن قيمته من خلاف جنسه بالاجماع وليس له خيار الجعل بالدين هنا بخلاف (أما) على أصل أبي حنيفة وأبي يوسف فلا ينهما لا يريان الجعل بالدين أصلاً ومحمد رحمه الله ان كان يرى ذلك لكن عند الامكان وههنا لا يمكن لانه لو جعل الدين باعتبار الوزن يؤدي الى الضرر بالمرتن حيث يصير الرهن الذي قيمته ثمانية بعشرة ولو جعل باعتبار القيمة يؤدي الى الرافقت الضرورة الى ضمان القيمة والله تعالى أعلم وان كانت قيمته أكثر من وزنه بأن كانت اثني عشر فهلك بالدين عند أبي حنيفة اعتباراً للوزن وكذلك عند محمد لأن الجودة هنا أفضل فكان امانة بمنزلة الفضل في الوزن (أما) على قول أبي يوسف فقل يضم المرتن قيمة خمسة أسداس القلب من الذهب ويرجع بدينه لان الجودة عنده مضمونة وقيل يهلك بالدين عنده أيضاً لانه يعتبر الوزن في الهلاك لا الجودة وانما يعتبر الجودة في الانكسار وان انكسر فالراهن بالخيار عند أبي حنيفة ان شاء افتكه بالدين مع النقصان وان شاء ضمنه قيمته من خلاف جنسه فيكون رهناً مكانه لما ذكرنا فيما تقدم سواء كان النقصان الحاصل بالانكسار قدر درهم بأن عادت قيمته الى أحد عشر أو قدر درهمين بأن عادت قيمته عشرة أو أكثر من ذلك بأن صارت قيمته ثمانية وعند أبي يوسف ان شاء افتكه بالدين وان شاء ضمن المرتن قيمته خمسة أسداس القلب من خلاف جنسه فتصير خمسة أسداس الرهن ملكاً للمرتن بالضمان وسدس الرهن مع خمسة أسداس القيمة رهناً بالدين لان من أصله أن يجعل قدر النقصان الحاصل بالانكسار شائعاً في قدر الأمانة والمضمون والقدر الذي في الأمانة يذهب بغير شيء والقدر الذي في المضمون يضم قيمته فيصير ذلك القدر من الرهن ملكاً له وعند محمد ينظر الى النقصان ان كان قدر درهم أو درهمين لا ضمان على المرتن ويحبر الراهن على الفكاك وان زاد على ذلك يخبر بين الفكاك وبين الجعل بالدين كالأقل كانت قيمته وزنه سواء لان من أصله أنه يصرف النقصان الحاصل بالانكسار الى الجودة الزائدة الا اذا كثرت النقصان حتى عادت قيمته الى ثمانية فله أن يجعله بالدين ان شاء وان شاء افتكه وقيل ان على قوله له أن يضمه كما قل أبو حنيفة رحمه الله لما في الجعل بالدين من اسقاط حقه عن الجودة هذا اذا كان وزن القلب مثل وزن الدين عشرة فاما اذا كان أقل من وزنه ثمانية فان كانت قيمته مثل وزنه فهلك يهلك بمثل وزنه من الدين وهو ثمانية بالاجماع وان انكسر فالراهن بالخيار ان شاء افتكه بالدين وان شاء ضمن المرتن قيمته من خلاف جنسه فكانت رهناً والقلب للمرتن بالضمان عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد ان شاء افتكه بالدين وان شاء جعله بمثل وزنه من الدين لما قلنا وان كانت قيمته أقل من وزنه سبعة فهلك يهلك بثمانية في قول أبي حنيفة اعتباراً للوزن وعندهما يضم قيمته من خلاف جنسه لما بينا وان انكسر ضمن القيمة بالاجماع (أما) على قول أبي حنيفة وأبي يوسف فلا ينهما لا يحبران الجعل بالدين حال قيام الرهن أصلاً ورأساً ومحمدان كان يحجزه لكن بشرطة انعدام الضرر وفي الجعل بالدين هنا ضرر بالمرتن وان كانت قيمته أكثر من وزنه فكانت تسعة أو كانت مثل الدين عشرة فهلك يهلك بقدر وزنه ثمانية عند أبي حنيفة وعندهما يضم القيمة وان انكسر ان شاء افتكه بالدين وان شاء ضمن القيمة بالاجماع لما ذكرنا وان كانت قيمته أكثر من الدين اثني عشر فهلك يهلك بثمانية عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف يضم خمسة أسداس قيمته وان انكسر فعند أبي حنيفة ان شاء افتكه بالدين وان شاء ضمنه جميع القيمة وكانت قيمته رهناً والقلب ملكاً للمرتن وعند أبي يوسف يضم خمسة أسداس قيمته ويكون سدس القلب مع خمسة أسداس قيمته رهناً عنده بالدين وعند محمد يصرف النقصان الحاصل بالانكسار بالامانة قل النقصان بأن كان درهم أو درهمين ويحبر الراهن على الفكاك وان كان أكثر من ذلك يخبر الراهن بين الفكاك وبين الجعل بالدين هذا اذا كان وزن القلب أقل من وزن الدين ثمانية فاما اذا كان أكثر من وزنه اثنا عشر فان كانت قيمته مثل وزنه اثني عشر فهلك سقط الدين والزيادة على الدين تملك امانة بخلاف وان انكسر ضمن خمسة أسداسه في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد له أن يجعل خمسة أسداسه بالدين وان كانت قيمته أقل من وزنه



وأكثر من الدين بأن كانت أحد عشر فهلك سقط الدين بخمسة أسداسه والزيادة تهلك أمانة عند أبي حنيفة ولا رواية عنهما في هذا الفصل وإن انكسر ضمن خمسة أسداس القلب عند أبي حنيفة لأنه لا يعتبر الجودة ولا يرى الجمل بالدين وعند أبي يوسف يجب أن يكون هكذا وكذلك عند محمد لتعذر التملك بالدين لما فيه من الضرر وإن كانت قيمته مثل مثل وزن الدين عشرة فهلك يهلك خمسة أسداس بالدين عند أبي حنيفة لأنه يعتبر الوزن وعندهما يضمن خمسة أسداسه ويرجع بحقه وإن انكسر ضمن خمسة أسداسه عند أبي حنيفة وعندهما يفرم جميع القيمة ولا يمكن الجمل بالدين عند محمد لأنه يؤدي إلى الربا وإن كانت قيمته أقل من الدين ثمانية فهلك ذهب خمسة أسداسه بالدين في قول أبي حنيفة وإن انكسر ضمن خمسة أسداسه وعندهما يفرم القيمة في الحالين وإن كانت قيمته خمسة عشر فهلك يهلك خمسة أسداسه بالدين في قول أبي حنيفة وإن انكسر ضمن خمسة أسداسه عند أبي حنيفة ثم في كل موضع ضمن المرتين بعض القلب وهلك ذلك القدر بالضمان وصار شر يكافئ هذا شيوخ طاري فعلى جواب ظاهر الرواية يقطع القلب فيكون الباقي مع القدر الذي غرم رهنا لأن الشيوخ يمنع صحة الرهن مقارنا كان أو طارئا وعلى رواية أبي يوسف لا حاجة إلى القطع لأن الشيوخ الطاري لا يمنع بقاء العقد على الصحة (وأما) الرهن الفاسد فلا حكم له حال قيام المهرن حتى لا يثبت للمرتين حق الحبس وللراهن أن يسترده منه فإن منعه حتى هلك يضمن مثله إن كان له مثل وقيمته إن لم يكن له مثل لأنه صار غاصبا بالمنع والمفصوب مضمون على الغاصب بالمثل أو بالقيمة وإن لم يوجد المنع من المرتين حتى هلك الرهن في يده ذكر الكرخي رحمه الله أنه يهلك أمانة لأن الرهن إذا لم يصبح كان القبض قبض أمانة لأنه قبض باذن المالك فأشبهه قبض الوديعة وحكى القاضي في شرحه مختصر الطحاوي أنه ذكر في الجامع الكبير أن كل ما هو محل للرهن الصحيح فإذا رهنه رهنا فاسدا فهلك في يد المرتين يهلك بالأقل من قيمته ومن الدين وكل ما ليس بمحل للرهن الصحيح لا يكون مضمونا بالرهن الفاسد كالمدر وأم الولد وهذا يدل على أن الفساد كان لمعنى في نفس المهرن لا يكون مضمونا بل يكون أمانة وإن كان الفساد لمعنى في غيره يكون مضمونا (وجهه) أن المهرن مضمون بالقبض ولا فساد في القبض إلا أن من شرط كون المقبوض مضمونا أن يكون مالا مطلقا متقوما كالقبض بالبيع الفاسد فإن وجد الشرط يكون مضمونا وإلا فلا هذا الذي ذكرنا حكم هلاك المهرن (وأما) حكم استهلاكه فتنقول المهرن لا يخلو (أما) أن يكون من بني آدم كالعبد والامة (وأما) أن كان من غير بني آدم من سائر الاموال فإن كان من غير بني آدم فاستهلكه أجنبي ضمن قيمته إن كان مالا مثل له ومثله إن كان مما له مثل كما إذا لم يكن مرهونا والمرتن هو الخصم في تضمينه وكان الضمان رهنا لأنه بدل المهرن ثم إن كان الضمان من جنس الدين والدين حال استوفائه دينه وإن كان الدين لم يحل حبسه رهنا مكانه وكذلك لو استهلكه المرتين لأنه لو أ تلف مالا مملوكا متقوما بغير اذن مالكه فيضمن مثله أو قيمته كما لو أ تلفه أجنبي وكان رهنا مكانه وإن استهلكه الراهن فإن كان الدين حالا يطالب بالدين لا فائدة في المطالبة بالضمان فيطالب بالدين وإن كان لم يحل أخذ المرتين منه الضمان فأمسكه إلى أن يحل الدين وإذا كان في الرهن نماء كاللبن والولد فاستهلكه المرتين أو الراهن أو أجنبي بأن كان الرهن شاة قيمتها عشرة بعشرة غلبت أو ولدت فعليه ضمانه (أما) وجوب الضمان على الأجنبي والمرتن فظاهر لأن الزيادة ملك الراهن واتلاف مال مملوك للغير بغير اذنه بوجوب الضمان (وأما) وجوبه على الراهن فلأن المتلف وإن كان مملوكا له لكن للمرتين فيه حق قوى فيلحق بالمالك في حق وجوب الضمان وإذا وجب الضمان على المتلف كان الضمان مع الشاة رهنا عند المرتين لأنه بدل المهرن فيقوم مقامه فإن هلك الضمان لا يسقط شيء من الدين لأنه بدل ما ليس بمضمون بالدين فكان حكمه حكم الأصل والأصل لو هلك يهلك بغير شيء كذا البديل وإن هلك الشاة سقطت حصتها من الدين لأنها مرهونة مقصودة فكانت مضمونة بالهلاك ويفتق الراهن ضمان الزيادة بقدر هاهن الدين لأن الزيادة تصرف مقصودة بالهلاك فيصير لها حصصة من الدين هذا إذا كان الاستهلاك بغير اذن فاما إذا كان باذن قال الراهن للمرتين احلب الشاة فاحلبت

فهو حلال لك أو قال له كل هذا الحمل فلب وشرب وأكل حل له ذلك ولا ضمان عليه لأن الزيادة ملك الراهن فيصح  
أذنه بالأكل والشرب ولا يسقط شيء من دين المرتن حتى لو جاء الراهن يفتك الشاة يفتكها بجميع الدين لأن اتلاف  
المرتن باذن الراهن مضاف الى الراهن كأنه أتلفه بنفسه ولو كان كذلك لكان لا يسقط شيء من الدين وكان عليه  
ضمان المتلف كذا هذا وان لم يفتكها حتى هلك تهلك بحصتها من الدين فيقسم الدين عليها وعلى لبنها أو ولدها على قدر  
قيمتها فان حصاة الشاة يسقط وما كان حصاة الزيادة يبقى ويخاطب الراهن بقضائه لأن فعل المرتن لما كان  
مضافاً الى الراهن كان مضموناً عليه كأنه فعل بنفسه فيصير للزيادة حصاة من الدين فينظر الى قيمة الزيادة فان كان فيها  
خمسة كان فيها ثلث الدين وفي الشاة ثلثه فاذا هلكت الشاة ذهب ثلثا الدين وبقي الثلث وعلى الراهن قضاءه وكذلك  
لو استهلكه أجسبي باذن الراهن والمرتن فالجواب فيه وفي المرتن اذا استهلكه باذن الراهن سواء وقد ذكرناه ولو  
استهلكه الراهن باذن المرتن لاشي عليه لأن الضمان لوجب لوجب لحق المرتن لا لحق نفسه لأنه ملكه وقد أبطل  
المرتن حق نفسه بالاذن فلا يستحق الضمان وجعل كأن الزيادة هلكت بأفة سماوية وبقيت الشاة رهناً بجميع  
الدين وان كان المرهون من بني آدم فبني عليه فجعلته الكلام في جنابات الرهن انها ثلاثة أقسام جنابة غير الرهن على  
الرهن وجنابة الرهن على غير الرهن وجنابة الرهن على الرهن اما جنابة غير الرهن على الرهن فلا يخلو اما ان كانت الجنابة  
في النفس واما ان كانت في ابدون النفس وكل ذلك لا يخلو اما ان كان عمداً أو خطأً أو في معنى الخطأ والجاني لا يخلو اما ان  
كان حراً أو عبداً فان كانت في النفس عمداً والجاني حر فالرهن أن يقتص اذا اجتماع على الاقتصاص في قول أبي  
حنيفة وقال محمد ليس له الاقتصاص وان اجتماعا عليه وعن أبي يوسف وايتان كذا ذكر الكرخي رحمه الله  
الاختلاف وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي انه لا قصاص على قاتله وان اجتمع عليه الراهن والمرتن  
ولم يذ كر الاختلاف (وجه) قول محمد ان استيفاء القصاص لا بد له من ولي والولى هنا غير معلوم لأن ملك العين والرقبة  
للا رهن وملك اليد والحبس للمرتن فكان العبد مضافاً الى الراهن من وجهه وإلى المرتن من وجهه فصار الولي  
مشتبهاً مجهولاً وجهالة الولي تمنع استيفاء القصاص كعبد المكاتب اذا قتل عمداً أنه لا يقتص من قاتله وان اجتمع عليه  
المولى والمكاتب لما قلنا كذا هذا بخلاف العبد المشترك بين اثنين اذا قتل عمداً أن لهما الاقتصاص اذا اجتماعا عليه  
لأن هناك الولاية لهما ثابتة على الشركة لثبوت الملك لكل واحد منهما في النصف من كل وجه فكان المولى معلوماً  
فامكن القول بوجوب القصاص لهما على الشركة لاستوائهما في الملك (وجه) قول أبي حنيفة ان الملك للراهن من كل  
وجه وانما للمرتن حق الحبس فقط والملك سبب لثبوت الولاية فكان المولى معلوماً وكان ينبغي أن لا تتوقف ولاية  
الاستيفاء على رضا المرتن الا انه توقف لتعلق حقه فاذا رضى فقد زال المانع بخلاف عبد المكاتب لأن الملك فيه  
للمولى من وجهه وللمكاتب من وجهه فلم يكن الملك فيه ثابتاً للمولى مطلقاً ولا للمكاتب مطلقاً فاشبه المولى فامتنع  
الاستيفاء واذا اقتص القاتل سقط الدين لأن العبد انما كان رهناً من حيث انه مال وقد بطلت ماليته بالقتل لا الى بدل  
اذا القصاص لا يصلح بدلاً عن المالية فسقط القصاص كما لو هلك بنفسه هذا اذا اجتماعا على القصاص (فاما) اذا  
اختلفا لا يقتص القاتل لأنه لا سبيل الى اثبات الاقتصاص للمرتن لعدم ملك الرقبة ولا للراهن لأن في استيفائه  
ابطال حق المرتن وهو الدين من غير رضاه وهذا لا يجوز وعلى القاتل قيمة المقتول في ماله في ثلاث سنين وكانت  
القيمة رهناً ولو اختلفا بطل القاضي القصاص ثم قضى الراهن الدين فلا قصاص لأن حق المرتن وان بطل بالقصاص  
لكن بعد ما حكم القاضي بطلان القصاص فلا يحتل العود وان كانت الجنابة خطأً أو شبهه عمداً فعلى عاقلة القاتل  
قيمتها في ثلاث سنين يقبضها المرتن فتكون رهناً لان العبد وان كان مضموناً من حيث انه آدمي لا من حيث انه مال  
على أصل أصحابنا رحمهم الله حتى لا تزداد دية الحر ولكنه مرهون من حيث انه مال لا من حيث انه آدمي فجاز  
أن تقوم قيمته مقامه وتكون رهناً عند المرتن ثم ان كان الرهن مؤجلاً كانت في يده الى حل الاجل واذا حل فان

كانت القيمة من جنس الدين استوفى الدين منها وان بقي فيها فضل رده على الراهن وان كانت أقل من الدين استوفى منها من الدين بقدرها بالفضل أي يرجع بالقيمة على الراهن وان كانت من خلاف جنس الدين حبسها في يده الى وقت الفسك وان كان الدين حالا فالحكم فيه وفيما اذا كان مؤجلا فخل سواء وقد بيناه وتعتبر قيمة العبد في ضمان الاستهلاك يوم الاستهلاك وفي ضمان الرهن يوم القبض لان ضمان الاستهلاك يجب بالاستهلاك وضمان الرهن يجب بالقبض فيعتبر حال وجود السبب حتى لو كان الدين ألف درهم وقيمة العبد يوم الرهن ألفا فانتقصت قيمته فتراجعت الى خمسمائة فقتل غرم القاتل خمسمائة وسقط من الدين خمسمائة واذا غرم خمسمائة بالاستهلاك كانت هذه الدراهم رهنا بمثلها من الدين ويسقط الباقي من الدين لانه يصير مستوفيا كل الدين بها ولا يجوز استيفاء أكثر من خمسمائة بخمسمائة لما فيه من الربا وهذا بخلاف ما اذا قتله عبد أقل قيمة منه فدفع به لان الدفع لا يؤدي الى الربا لانه لا يجوز استيفاء كل الدين من هذا العبد ألا ترى انه لو باعه جاز وان كان لا يساويه فلم يكن فيه ربا وكذلك لو قتله المرتنن يغرر قيمته والحكم فيه وفي الاجنبي سواء وقد ذكرناه ولو قتله الراهن فهذا وما اذا كان الرهن من غير بني آدم سواء وقد ذكرناه فيما تقدم هذا اذا كان الجاني حرا (اما) اذا كان عبدا أو أمة يخاطب مولى القاتل بالدفع أو بالقداء بقيمة المقتول فان اختار الدفع فان كانت قيمة المقتول مثل قيمة المدفوع أو أكثر فالمدفوع رهن بجميع الدين وبجبر الراهن على الافتسك بخلاف وان كانت قيمته أقل من قيمة المقتول بان كانت قيمة المقتول ألفا والدين ألف وقيمة المدفوع مائة فهو رهن بجميع الدين أيضا وبجبر الراهن على الافتسك بجميع الدين كما كان يجبر على افتسك العبد المقتول لو كان حيا بجميع الدين في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمدان لم يكن بقيمة القاتل وفاء بقيمة المقتول فالراهن بالخيار ان شاء افتسك بجميع الدين وان شاء تركه للمرتنن بدينه فمحمد مر على أصله في الجعل بالدين عند تعذر الجبر على الافتسك وهنا تعذر لما فيه من الضرر بالراهن ولا في حنيفة وأبي يوسف انه لما دفع الثاني بالاول قام مقام الاول لحا واما الاول كان رهنا بجميع الدين وكان يجبر الراهن على الافتسك بجميع الدين فكذلك الثاني وكذلك لو كان العبد المرتنن نقص في السعر حتى صار يساوي مائة درهم فقتله عبد يساوي مائة درهم فدفع به فهو على الاختلاف هذا اذا كان اختار مولى القاتل الدفع فاما اذا اختار القداء فانه يفديه بقيمة المقتول وكانت القيمة رهنا عند المرتنن ثم ينظر ان كانت القيمة من جنس الدين استوفى دينه منها وان كانت من خلاف الجنس حبسها رهنا حتى يستوفى جميع دينه وبجبر الراهن على الافتسك عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد بخير الراهن بين الافتسك بجميع الدين وبين الترك للمرتنن بالدين وقد مررت المسئلة هذا اذا كانت الجناية في النفس فاما اذا كانت فيما دون النفس فان كان الجاني حرا يجب ارشده في ماله لا على عاقلة سواء كانت الجناية خطأ وعمدا (اما) الوجوب في ماله فلان العاقلة لا تعقل فيما دون النفس (وأما) التسوية بين الخطأ والعمد فلا ان القصاص لا يجري بين الحر والعبد فيما دون النفس فاستوى فيه العمد والخطأ في وجوب الارش فكان الارش رهنا مع العبد لانه بدل جزء مرهون وان كان الجاني عبدا يخاطب مولاه بالدفع أو بالقداء بارش الجناية فان اختار القداء بالارش كان الارش مع المجني عليه رهنا وان اختار الدفع يكون الجاني مع المجني عليه رهنا والخصومة في ذلك كله الى المرتنن لان حق الحبس له والجاني فوت الحبس عن بعض أجزاء الرهن فله أن يقيم بدل الفات في قيمه مقام رهنا هذا الذي ذكرنا حكم جنابة غير الرهن على الرهن (وأما) حكم جنابة الرهن على غير الرهن فجنابته لا تخلو اما ان كانت على بني آدم واما ان كانت على غير بني آدم فمن سائر الاموال فان كانت على بني آدم فلا تخلو اما ان كانت عمدا واما ان كانت خطأ أو في معناه فان كانت عمدا يقتص منه كما اذا لم تكن رهنا لان ملك الراهن لا يمنع وجوب القصاص الا يرى انه لا يمنع اذا لم يكن رهنا واذا لم يكن الملك مانعا لحق المرتنن أولى لانه دون الملك سواء قتل أجنبيا أو الراهن أو المرتنن لان القصاص ضمان الدم ولا حق للمولى في دمه بل هو أجنبي عنه وكذلك المرتنن من طريق الاولى اذا ثبت له الحق والحق دون الملك فصارت جنابته

على الراهن والمرتهن في حق القصاص وجنابته على الاجنبي سواء واذا قتل قصاصا سقط الدين لان هلا كحصول  
في ضمان المرتهن فسقط دينه كما اذا هلك بنفسه هذا اذا كانت جنابته عمدا (فاما) اذا كانت خطأ أو ملحقة بالخطأ فان  
كانت شبه عمدا أو كانت عمدا لكن القاتل ليس من أهل وجوب القصاص عليه بان كان صبيا أو مجنونا أو كانت  
جنابته فيمدون النفس فانه يدفع أو يفدى لان هذه الجنائيات من العبيد والاماء توجب الدفع أو القداء ثم ينظر ان كان  
العبد كله مضمونا بان كانت قيمته مثل الدين أو دونه نحو ان تكون قيمة العبد ألقا أو الدين ألقا أو قيمة  
العبد خمسمائة يخاطب المرتهن أولا بالقداء لانه بالقداء يستبقى حق نفسه في الرهن بتطهيره عن الجنابة من غير أن يسقط  
حق المرتهن ولو بدى بالراهن وخطوب بالدفع أو القداء على ما هو حكم الشرع فر بما يختار الدفع فيبطل حق المرتهن  
و يسقط دينه فكانت البداءة بخطاب المرتهن بالقداء أولى واذا فاده بالارش فقد استخلصه واستصفاه عن الجنابة  
وصار كأنه لم يكن أصلا فيبقى رهنا كما كان ولا يرجع بشئ مما فدى على الراهن لانه فدى ملك الغير بغير إذنه فكان  
متبرعا فيه فلا يملك الرجوع كالموفد اجنبي ولا بالقداء أصلح الرهن باختياره واستبقى حق نفسه فكان عاملا  
لنفسه بالقداء فلا يرجع على غيره وليس له أن يدفع لان الدفع تملك الرقبة وهو لا يملك رقبته وان أبى الراهن أن يفدى  
يخاطب الراهن بالدفع أو القداء لان الاصل في الخطاب هو الراهن لان الملك له وانما يبدى بالمرتهن بخطاب القداء صيانة  
لحقه فاذا أبى عاد الا الى امرى الاصل فان اختار الدفع بطل الرهن وسقط الدين (اما) بطلان الرهن فلان العبد زال عن  
ملكه بالدفع الى خلف نخرج عن كونه رهنا واما سقوط الدين فلان استحقاق الزوال حصل بمعنى في ضمان المرتهن  
فصار كأنه هلك في يده وكذلك ان اختار القداء لانه صار قاضيا بما فدى المرتهن لان القداء على المرتهن لحصول الجنابة  
في ضمانه الا انه لما أبى القداء والراهن محتاج الى استخلاص عبده ولا يمكنه ذلك الا بالقداء فكان مضطرا في القداء  
فلم يكن متبرعا فكان له أن يرجع على المرتهن بما فدى وله على الراهن مثله فيصير قصاصا به واذا صار قاضيا دين  
المرتهن مما فدى ينظر الى ما فدى والى قدر قيمة العبد والى الدين فان كان القداء مثل الدين وقيمة العبد مثل الدين أو  
أكثر سقط الدين كله وان كان القداء أقل من الدين وقيمة العبد مثل الدين أو أكثر سقط من الدين بقدر القداء  
وحبس العبد رهنا بالباقي وان كان القداء قدر الدين أو أكثر وقيمة العبد أقل من الدين يسقط من الدين قدر قيمة  
العبد ولا يسقط أكثر منها لانه لو هلك العبد لا يسقط من الدين أكثر من قيمته فكذا عند القداء وان كان العبد بعضه  
مضمونا والبعض أمانة بان كانت قيمة العبد ألقين والدين ألقا فالقداء عليهما جميعا لان نصفه مضمون ونصفه أمانة  
فكان فداء نصف المضمون منه على المرتهن وفداء نصف الأمانة على الراهن فيخاطبان جميعا بالدفع أو بالقداء والمعنى  
من خطاب الدفع في جانب المرتهن الرضا بالدفع لا فعل الدفع لان فعل الدفع ليس اليه ثم اذا خطوب بذلك (اما) ان  
اجتمعا على الدفع (واما) ان اجتمعا على القداء (واما) ان اختلفا فاختار أحدهما الدفع والآخر القداء والحال لا يخلو اما  
ان يكونا حاضرين واما ان كان أحدهما غائبا فان كانا حاضرين واجتمعا على الدفع ودفعاه قد سقط دين المرتهن لان  
الدفع بمنزلة الهلاك وان اجتمعا على القداء فدى كل واحد منهما بنصف الارش واذا فدى طهرت رقبة العبد عن الجنابة  
ويكون رهنا كما كان وكان كل واحد منهما متبرعا حتى لا يرجع على صاحبه بما فدى لان كل واحد منهما أدى ما عليه  
فكان مؤديا عن نفسه لا عن صاحبه وان اختلفا فأراد أحدهما القداء والآخر الدفع فأيهما اختار القداء فاختاره أولى  
(اما) المرتهن فلانه بالقداء يستبقى حق نفسه ولا يسقط حق الراهن والراهن بالدفع يسقط حق المرتهن فكان اختيار  
المرتهن أولى وأما الراهن فلانه يستبقى ملك الرقبة بالقداء والمرتهن باختيار الدفع يريد اسقاط دينه وباطال ملك  
الراهن فلم يكن له في اختيار الدفع نفع بل كان سفها محضا واعتنا بآراء فلا يلتفت اليه فكان للراهن ان يفدى ثم اسمما  
اختار القداء فدى العبد بجميع الارش ولا يملك الآخر دفعه ثم ينظر ان كان الذي اختار الدفع هو المرتهن فدى  
بجميع الارش بقى العبد رهنا كما كان لانه طهرت رقبته عن الجنابة بالقداء فصار كأنه لم يكن ويرجع المرتهن على الراهن

بدينه وهل يرجع عليه بحصة الامانة ذكر الكرخي فيه روايتين في رواية لا يرجع بل يكون متبرعا وفي رواية يرجع  
 وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي أنه لا يرجع الا بدينه خاصة ولم يذكر اختلاف الرواية (وجه) الرواية الاولى  
 أنه التزم القداء باختياره مع قدرته على أن لا يلتزم لأنه لو لم يلتزم لخو طاب الراهن فكان متبرعا فيه فلا يملك الرجوع  
 (وجه) الرواية الاخرى أن المرتهن يحتاج الى اصلاح قدر المضمون منه ولا يمكنه ذلك الا باصلاح قدر الامانة فكان  
 مضطرا فلم يكن متبرعا وان كان الذي اختار القداء هو الراهن فقداه بجميع الارش لا يكون متبرعا بل يكون قاضيا  
 بنصف القداء دين المرتهن ثم ينظر ان كان نصف القداء مثل كل الدين سقط الدين كله وان كان أقل منه سقط  
 من الدين بقدره ورجع بالفضل على الراهن ويحبسه رهنا به هذا اذا كانا حاضرين فاما اذا كان أحدهما حاضرا  
 فليس له ولاية الدفع أيهما كان سواء كان المرتهن أو الراهن أما المرتهن فلا شئ فيه لأنه لا ملك له في العبد أصلا  
 والدفع تملك فلا يتصور بدون الملك وأما الراهن فلان الدفع إسقاط حق المرتهن وله ولاية القداء بجميع الارش  
 فان كان الحاضر هو المرتهن فقداه بجميع الارش لا يكون متبرعا في نصف القداء عند أبي حنيفة وله أن يرجع على الراهن  
 بدينه و بنصف القداء لكنه يحبس العبد رهنا بالدين وليس له أن يحبس رهنا بنصف القداء بعد قضاء الدين وعند  
 أبي يوسف ومحمد كان المرتهن متبرعا في نصف القداء فلا يرجع على الراهن الا بدينه خاصة كالموفاء بحضرة الراهن  
 فهما سويا بين الغيبة والحضرة وجعله متبرعا في الحالين جميعا وأبو حنيفة رضي الله عنه فرق بين حال الحضرة  
 والغيبة فجعله متبرعا في الحضرة لا في الغيبة وان كان الحاضر هو الراهن فقداه بجميع الارش لا يكون متبرعا في نصف  
 القداء بالاجماع بل يكون قاضيا بنصف القداء دين المرتهن كالموفاء الراهن بحضرة المرتهن وجه قوله أن المرتهن  
 فدى ملك الغير بغير إذنه فكان متبرعا كالموفاء أجنبي ولهذا كان متبرعا في حالة الحضرة كما في الغيبة ولا في حنيفة  
 رضي الله عنه أنه في حال الحضرة التزم القداء باختياره مع امكان خطاب الراهن فكان متبرعا والخطاب لا يمكن حالة  
 الغيبة وهو محتاج الى اصلاح قدر المضمون ولا يمكنه ذلك الا باصلاح قدر الامانة فكان مضطرا فلم يكن متبرعا هذا  
 الذي ذكرنا حكم جنائية الرهن (فاما) حكم جنائية ولد الرهن بان قتل انسانا خطأ فحكمه أنه لا فداء على المرتهن ويخاطب  
 المولى بالدفع أو القداء أما عدم وجوب القداء على المرتهن فلان خطابه فداء الرهن مع أنه ليس مملكه لحصول  
 الجنائية من الرهن في ضمانه ولم يوجد في الولد لأنه ليس بمضمون أنه لو هلك يهلك بغير شئ وأما خطاب المولى بالدفع أو  
 القداء فلان الملك له فان دفعه خرج الولد عن الرهن ولم يسقط شئ من الدين أما خروجه عن الرهن فلزوال ملك  
 الراهن عنه فيخرج عن الرهن كالمهلك وأما عدم سقوط شئ من الدين فلان الولد غير مضمون بالهلاك بخلاف  
 الام وان فدى فهو رهن مع أنه على حاله فان اختار الراهن الدفع فقال له المرتهن أنا فدى فله ذلك لان الولد مرهون  
 وان لم يكن مضمونا الا ترى أن الحكم الاصل للرهن ثابت فيه وهو حق الحبس فكان القداء منه اصلا حال الرهن  
 فكان له ذلك هذا اذا جنى الرهن على أجنبي فاما اذا جنى على الراهن أو على المرتهن أما جنائته على نفس المرتهن  
 جنائية موجبة للمال أو على ماله فهدر لان العبد ملكه والمولى لا يجب له على عبده دين بخلاف جنائية العبد المغصوب  
 على المغصوب منه أو على ماله على أصل أبي حنيفة رحمه الله أنها معتبرة لان المضمونات تملك عند أداء الضمان من وقت  
 الغصب فتبين أن تلك الجنائية لم تكن جنائية العبد على مولاه وأما جنائته على نفس المرتهن فهدر عند أبي حنيفة وعند  
 أبي يوسف ومحمد معتبرة يدفع أو يفدى ان رضى به المرتهن ويبطل الدين وان قال المرتهن لا أطلب الجنائية لمافي  
 الدفع أو القداء من سقوط حتى فله ذلك وبطلت الجنائية والبسدرهن على حاله هكذا أطلق الكرخي وذكر  
 القاضي في شرحه مختصر الطحاوي وفصل فقال ان كان العبد كله مضمونا بالدين فهو على الاختلاف وان كان  
 بعضه مضمونا وبعضه أمانة فجنائته معتبرة بالاتفاق فيقال للراهن ان شئت فادفع وان شئت فافده فان دفعه وقبل  
 المرتهن بطل الدين كله وصار العبد كله للراهن وان اختار القداء فنصف القداء على الراهن ونصفه على المرتهن فاما

كان حصصة المرتهن يبطل وما كان حصصة الراهن يفدى والعبد رهن على حاله واختلافهم في جناية الرهن على المرتهن نظير اختلافهم في جنايته عند الغصب على الغاصب أنها هدر عند أبي حنيفة وعندهما معتبرة (وجه) قولهما أن هذه جناية وردت على غير المالك فكانت معتبرة كما إذا وردت على أجنبي وهذا لأن الأصل في الجنايات اعتبارها وسقوط الاعتبار لمكان عدم الفائدة وهنا في اعتبار هذه الجناية فائدة لأن موجبها الدفع وله فيه فائدة وهو الوصول إلى ملك العبد وإن كان فيه سقوط دينه ولا يبي حنيفة أن هذه الجناية وردت على غير المالك لكنها وجدت في ضمان المرتهن فورودها على غير المالك أن كان يقتضى أن تكون معتبرة فوجودها في ضمان المرتهن يقتضى أن لا تعتبر لأنها توجب القداء عليه وذلك غير ممكن لما فيه من إيجاب الضمان عليه له وأنه محال فوقع الشك والاحتمال في اعتبارها فلا تعتبر هذا إذا جنى على نفس المرتهن فاما إذا جنى على ماله فإن كانت قيمته والدين سواء وليس في قيمته فضل لجنايته هدر بالاجماع لأنه لا فائدة في اعتبار هذه الجناية إذ ليس حكمها وجوب الدفع إلى المرتهن لملكه بل تعلق الدين برقبته فلو بيع وأخذ منه لسقط دينه فلم يكن في اعتبار هذه الجناية فائدة فلا تعتبر وإن كانت قيمته أكثر من الدين فعن أبي حنيفة رحمه الله روايتان في رواية تعتبر الجناية في قدر الأمانة وفي رواية لا يثبت حكم الجناية أصلا وجه الرواية الأولى أن المانع من الاعتبار كون العبد في ضمان المرتهن وقدر الأمانة وهو الفضل على الدين ليس في ضمانه فامكن اعتبار الجناية في ذلك القدر فلم يزم اعتبارها وجه الرواية الأخرى أن ذلك القدر وإن لم يكن مضمونا فهو في حكم المضمون لثبوت حكم الرهن فيه وهو الحبس فيمنع الاعتبار وأما جناية الرهن على ابن الراهن أو على ابن المرتهن فلا شك أنها معتبرة لأن المانع من الاعتبار في حق الراهن هو كون العبد مملوكا له وفي حق المرتهن كونه في ضمانه ولم يوجد شيء من ذلك هنا فكانت جنايته عليه وعلى الأجنبي سواء هذا الذي ذكرنا حكم جناية الرهن على بنى آدم وأما حكم جنايته على سائر الأموال بان استهلك ما لا تستغرق رقبته فحكمها وحكم جناية غير الرهن سواء وهو تعلق الدين برقبته يباع فيه إلا إذا قضى الراهن أو المرتهن دينه فاذا قضاها أحدهما فالحكم فيه والحكم فيما ذكر من القداء من جنايته على بنى آدم سواء وهو أنه ان قضى المرتهن الدين بقي دينه وبقي العبد رهنا على حاله لأنه بالقداء استغرق رقبته العبد عن الدين واستصفاها عنه فيبقى العبد رهنا بدينه كما كان لو فداه عن الجناية وإن أبي المرتهن أن يقضى وقضاها الراهن يبطل دين المرتهن لما ذكرنا في القداء من الجناية فإن امتنع عن قضاء دينه يباع العبد بالدين ويقضى دين الغريم من ثمنه لأن دين العبد مقدم على حق المرتهن ألا ترى أنه مقدم على حق المولى فعلى حق المرتهن أولى لأنه دونته ثم إذا بيع العبد وقضى دين الغريم من ثمنه فثمنه لا يخلو أما أن يكون فيه وفاء بدين الغريم وأما أن لم يكن فيه وفاء به فإن كان فيه وفاء بدينه فدينه لا يخلو أما أن يكون مثل دين المرتهن وأما أن يكون أكثر منه وأما أن يكون أقل منه فإن كان مثله أو أكثر منه سقط دين المرتهن كله لأن العبد زال عن ملك الراهن بسبب وجد في ضمان المرتهن فصارت كانه هلك وما فضل من ثمن العبد يكون للراهن لأنه بدل ملكه لاحق لاحد فيه فيكون له خاصة وإن كان أقل منه سقط من دين المرتهن بقدره وما فضل من ثمن العبد يكون رهنا عند المرتهن بما بقي لأنه لا دين فيه فيبقى رهنا ثم إن كان الدين قد حل أخذه بدينه أن كان من جنس حقه وإن كان من خلاف جنس حقه أمسكه إلى أن يستوفي حقه وإن كان الدين لم يحل أمسكه بما بقي من دينه إلى أن يحل هذا إذا كان كل العبد مضمونا بالدين فاما إذا كان نصفه مضمونا ونصفه أمانة لا يصرف الفاضل كله إلى المرتهن بل يصرف نصفه إلى المرتهن ونصفه إلى الراهن لأن قدر الأمانة لا دين فيه فيصرف ذلك إلى الراهن وكذلك إن كان قدر المضمون منه والأمانة على التفاضل يصرف الفضل إليهما على قدر تفاوت المضمون والأمانة في ذلك لما قلنا وإن لم يكن في ثمن العبد وفاء بدين الغريم أخذ الغريم ثمنه وما بقي من دينه يتأخر إلى ما بعد العتاق ولا يرجع به على أحد لأنه لم يوجد سبب وجوب الضمان من أحد اتما وجد منه وحكمه تعلق الدين برقبته واستيفاء الدين منها فاذا لم تف رقبته بالدين يتأخر ما بقي إلى ما بعد العتق وإذا عتق وأدى الباقي لا يرجع بما أدى

على أحد لانه وجب عليه بفعله فلا يرجع على غيره وكذلك حكم جنابة ولد الرهن على سائر الاموال وحكم جنابة الام  
سواء في أنه يتعلق الدين برقبته كما في الام الا أن هنا لا يخاطب المرتهن بقضاء الدين الغريم لان سبب وجوب الدين  
لم يوجد في ضمان المرتهن ولان الولد ليس بمضمون بخلاف الام بل يخاطب الراهن بين ان يبيع الولد بالدين وبين  
ان يستخلفه بقضاء الدين فان قضى الدين بقي الولد هنا كما كان وان يبيع بالدين لا يسقط شيء من دين المرتهن لانه  
ليس بمضمون بخلاف الام هذا الذي ذكرنا حكم جنابة غير الرهن على الرهن وحكم جنابة الرهن على غير الرهن فاما  
حكم جنابة الرهن على الرهن فنقول وبالله التوفيق جنابة الرهن على الرهن نوعان جنابة على الرهن نفسه وجنابة على  
جنسه أما جنابته على نفسه فهي والهلاك بأفقه سماء وسواء ثم ينظر ان كان العبد كله مضمونا سقط من الدين بقدر  
النقصان وان كان بعضه مضمونا وبعضه أمانة سقط من الدين قدر ما انتقص من المضمون لان الامانة وأما  
جنابة الرهن على نفسه فعلى ضرر بين أيضا جنابة بني آدم على جنسه وجنابة البيمة على جنسها وعلى غير جنسها أما  
جنابة بني آدم على جنسه بان كان الرهن عبدين فجنى أحدهما على صاحبه فالعبدان لا يخلوا ما ان كانا رهنًا في صفقة  
واحدة واما ان كانا رهنًا في صفقتين فان كانا رهنًا في صفقة واحدة فجنى أحدهما على صاحبه فجنابته لا تخلو من أربعة  
أقسام جنابة المشغول على المشغول وجنابة المشغول على الفارغ وجنابة الفارغ على الفارغ وجنابة الفارغ على المشغول  
والكل هدر الا واحدة وهي جنابة الفارغ على المشغول فانه معتبرة ويتحول ما في المشغول من الدين الى الفارغ  
ويكون رهنًا مكانه أما جنابة المشغول على المشغول فلانها لو اعتبرت اما ان تعتبر لحق المولى أعنى الراهن واما  
ان تعتبر لحق المرتهن والاعتبار لحق الرهن لا سبيل اليه في الفصول كلها لان كل واحد منهما ملكه وجنابة المملوك  
على المملوك ساقطة الاعتبار لحق المالك لان اعتبارها في حقه لوجوب الدفع عليه أو القداء له وإيجاب شيء على  
الانسان لنفسه ممنوع ولهذا لا يجب للمولى على عبده دين ولا سبيل الى اعتبار جنابة المشغول على المشغول لحق  
المرتهن لان الاعتبار لحقه يتحول ما في الجاني عليه من الدين الى الجاني ومشغول بدين نفسه والمشغول بنفسه  
لا يشتغل بغيره وكذلك جنابة المشغول على الفارغ لما قلنا وأما جنابة الفارغ على الفارغ فلانه لا دين للفارغ ليتحول  
الى الجاني فلا يفيد اعتبارها في حقه وأما جنابة الفارغ على المشغول فممكن الاعتبار لحق يتحول ما فيه من الدين الى  
الفارغ وبيان هذه الجملة في مسائل اذا كان الدين ألفين والرهن عبدين يساوي كل واحد منهما ألفا فقتل أحدهما  
صاحبه او جنى عليه جنابة فيمادون النفس محاقل ارشها أو كثر فجنابته هدر ويسقط الدين الذي كان في الجاني عليه  
بقدره ولا يتحول قدر ما سقط الى الجاني لان كل واحد منهما مشغول كله بالدين وجنابة المشغول على المشغول هدر  
فجعل كان الجاني عليه هلك بأفقه سماء ولو كان الدين ألفا فقتل أحدهما صاحبه فلا دفع ولا فداء وكان القاتل رهنًا  
بسبع مائة وخمسين لان في كل واحد منهما من الدين خمسمائة فكان نصف كل واحد منهما فارغًا ونصفه مشغولًا  
فاذا قتل أحدهما صاحبه فقد جنى كل واحد من نصفي القاتل على النصف المشغول والنصف الفارغ من الجاني عليه  
وجنابة قدر المشغول على المشغول وقدر المشغول على الفارغ وقدر الفارغ على الفارغ هدر لما بينا فيسقط ما كان فيه  
شيء من الدين ولا يتحول الى الجاني وجنابة قدر الفارغ على قدر المشغول معتبرة فيتحول قدر ما كان فيه الى الجاني  
وذلك مائتان وخمسون وقد كان في الجاني خمسمائة فيبقى رهنًا بسبع مائة وخمسين ولو قُتل أحدهما عين صاحبه تحول  
نصف ما كان من الدين في العين الى الباقي فيصير الباقي رهنًا بسبع مائة وخمسين وبقي المشغول عينه رهنًا  
بمائتين وخمسين لان العبد القاتل جنى على نصف العبد الآخر لان العين من الأدمى نصفه الا أن ذلك النصف  
نصفه مشغول بالدين ونصفه فارغ من الدين والقاتل جنى على النصف المشغول والفارغ جميعا والقاتل نصفه  
مشغول ونصفه فارغ الا أن جنابة المشغول على قدر المشغول والفارغ وجنابة الفارغ على قدر الفارغ والمشغول  
فقد رجنابة الفارغ على قدر المشغول معتبرة فيتحول قدر ما كان في المشغول من الدين الى القاتل وذلك مائة وخمسة

وعشرون وقد كان في الفاق خمسمائة فيصير الفاق رهنا بستائة وخمسة وعشرين ويبقى المققوء عينه رهنا بثمانين وخمسين لانعدام ورود الجناية على ذلك النصف والله عز وجل أعلم وان كان العبدان رهنا في صفتين فان كان فيهما فضل على الدين بان كان الدين الفا وقدر كل واحد منهما الفاققتل أحدهما الآخر تعتبر الجناية رهنا بخلاف الفصل الاول لان الصفة اذا تفرقت صارت بمنزلة مالو رهن كل واحد منهما رجلا على حدة فبني أحدهما على الآخر وهناك يثبت حكم الجناية كذا ههنا بخلاف ما اذا اتحدت الصفة واذا اعتبرت الجناية ههنا بخير الرهن والمرتهن فان شأنا أجمع القاتل مكان المقتول فيبطل ما كان في القاتل من الدين وان شأنا آفديا القاتل بقيمة المقتول ويكون رهنا مكان المقتول والقاتل رهن على حاله وان لم يكن فيهما فضل على الدين بان كان الدين الفسين وقيمة كل واحد منهما الفاققتل أحدهما الآخر فان دفعاه في الجناية قام المدفوع مقام المقتول وببطل الدين الذي كان في القاتل وان قالنا ندى فالقضاء كله على المرتين بخلاف الفصل الاول لان هناك كل واحد منهما ليس بمضمون كله بل بعضه وهنا كل واحد منهما مضمون كله فاذا حل الدين دفع الرهن الفا وأخذ عبده وكانت الالف الاخرى قصاصا بهذه الالف اذا كان مثله ولو قضا أحدهما عين الآخر قيل لهما ادفعاه أو افدياه فان دفعاه بطل ما كان فيه من الدين وان فدياه كان القضاء عليهما نصفين وكان القداء رهنا مع المققوء عينه لان الجناية معتبرة لما ذكرنا فصار كعبد الرهن اذا جنى على عبد أجنبي فان قال المرتن أنا لا أفدي ولكني أدع الرهن على حاله فله ذلك وكان الفاق رهنا مكانه على حاله وقد ذهب نصف ما كان في المققوء من الدين لان اعتبار الجناية انما كان لحق المرتن لالحق الرهن فاذا رضى المرتن بهدرا الجناية صار هدره وان قال الرهن أنا أفدي وقال المرتن لا أفدي كان للرهن أن يفديه وهذا اذا طلب المرتن حكم الجناية لانه اذا طلب حكم الجناية فحكمها التخيير وان أبى الرهن القضاء وقال المرتن أنا أفدي والرهن حاضر أو غائب فهو على ما بينا في العبد الواحد (وأما) جناية البهيمة على جنسها فهي هدر لمار وي عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال جرح العجماء جبار أي هدر والعجماء البهيمة والجناية اذا هدرت سقط اعتبارها وصار الهلاك بها والهلاك باقة سماوية سواء وكذلك جناتها على خلاف جنسها هدر لعموم الحديث وأما جناية بني آدم عليها فحكمها جناية على سائر الاموال سواء وقد بينا ذلك

**فصل** وأما بيان ما يخرج به المرهون عن كونه رهونا ويبطل به عقد الرهن وما لا يخرج ولا يبطل فنقول وبالله التوفيق يخرج المرهون عن كونه رهونا ويبطل الرهن بالاقالة لانها فسخ العقد ونقضه والشئ لا يبقى مع ما ينقضه الا أنه لا يبطله بنفس الاقالة من العاقدين ما لم يرد المرتن الرهن على الرهن بعد الاقالة حتى كان للمرتن حبسه بعد الاقالة لان العقد لا ينقضي في الحكم بدون القبض فلا يتم فسخه بدون فسخه أيضا وفسخه بالرد وعلى هذا يخرج ما اذا رهن عبدا يساوى الفا بألف فقبضه المرتن ثم جاء الرهن بخارية وقال للمرتن خذها مكان الاولى ورد العبد الى لاشك ان هذا جائز لان هذا اقالة العقد في الاول وانشاء العقد في الثاني وهما على مكان ذلك الا أنه لا يخرج الاول عن ضمان الرهن الا بالرد على الرهن حتى لو هلك في يده قبل رد هلك بالدين لما ذكرنا أن القبض في هذا الباب يجري مجرى الركن حتى لا يثبت الضمان بدونه فلا يتم الفسخ بدون تقض القبض وكذلك يدخل الثاني في الضمان الا يرد الاول حتى لو هلك الثاني في يده قبل رد الاول يهلك أمانة لان الرهن لم يرض برهنيتها على الجميع وانما رضى برهن أحدهما حيث رهن الثاني وطلب رد الاول والاو كان مضمونا بالقبض فما لم يخرج عن كونه مضمونا ببعض القبض فيه لا يدخل الثاني في الضمان ولو هلكا جميعا في يد المرتن فسقط الدين بهلاك العبد وهلكت الجارية بغير شئ لانها أمانة هلكت في يده فتهلك الامانات ولو قبض الرهن العبد وسلم الجارية خرج عن الضمان لانه خرج عن كونه رهونا وصارت الجارية مضمونة حتى لو هلكت تهلك بالدين لانه رهنا بالدين الذي كان العبد رهونا به والعبد كان مضمونا بذلك الدين فكذا الجارية فان كانت قيمة العبد خمسمائة وهو رهن بألف وقيمة



الجارية ألف فهلكت تهلك بالالف لانه رهن الجارية بمقد على حدة فكانت رهننا ابتداء الا أن شرط كونه مضمونا رد الاول لانه لم يرض برهنهما جميعا الا أن يكون الثاني بدل الاول بل هو مضمون بنفسه في كونه رهننا فكان المضمون قدر قيمته لا قدر قيمة الاول ولو كان العبد يساوى ألفا والجارية تساوى خمسمائة فرد العبد على الراهن وقبض الجارية فهي رهن بالالف ولكنها ان هلكت تهلك بخمسمائة لما ذكرنا ان الثاني أصل بنفسه لكونه رهنا بعدد على حدة فيعتبر في الضمان قدر قيمته ولا يخرج باستيفاء الدين حتى لو هلك في يد المرتن بعد ما استوفى دينه فعليه رد ما استوفى ويخرج بالابراء عن الدين عند أصحابنا الثلاثة رحمهم الله ويبطل الرهن خلافا لغيره والمسئلة مرت في مواضع أخر من هذا الكتاب ولا يخرج بالا عارة ويخرج بالا جارة بأن أجره الراهن من أجنبي باذن المرتن أو المرتن باذن الراهن أو استأجره المرتن ويبطل الرهن وقد ذكرنا الفرق بينهما فيما تقدم ويخرج بالكتابة والهبة والصدقة إذا فعل أحدهما باذن صاحبه ويخرج بالبيع بأن باعه الراهن أو المرتن باذن الراهن أو باعه العبد لأن ملك المرهون قد زال بالبيع ولكن لا يبطل الرهن لانه زال الى خلف وهو الثمن بقي العقد عليه وكذا في كل موضع خرج واختلف بدلا ويخرج بالاعتاق اذا كان المعتق موسرا بالاتفاق وان كان معسرا فكذلك عندنا وعند الشافعي رحمه الله لا يخرج ببناء على ان الاعتاق نافذ عندنا وعنده لا ينفذ (وجه) قوله ان هذا اعتاق تضمن ابطال حق المرتن ولا شك انه تضمن ابطال حقه لان حقه متعلق بالرهن ويبطل بالاعتاق وعصمة حقه تمنع من الابطال ولهذا لا ينفذ البيع كذا الاعتاق بخلاف ما اذا كان الراهن موسرا لان هناك لم يوجد الا بطل لانه لا يمكنه الوصول الى دينه للحال من جهة الراهن (ولنا) ان اعتاقه صادف موقوفا هو مملوك كرقبة فينفذ كاعتاقه الا بقي والمستأجر ودلالة الوصف ظاهر لان المرهون مملوك للراهن عينه ورقبة ان لم يكن مملوكا كيد او حبسا وملك الرقبة يكفي لنفاذ الاعتاق كما في اعتاق العبد المستأجر والا بقي وقوله يبطل حق المرتن قلنا نعم لكن ضرورة بطلان ملك الراهن وهذا يمنع النفاذ كما في موضع الاجماع مع ما ان الثابت للراهن حقيقة الملك والثابت للمرتن حق الحبس ولا شك ان اعتبار الحقيقة أولى لانها أقوى بخلاف البيع لان نفاذه يعتمد قيام ملك الرقبة واليد جميعا لان القدرة على تسليم المبيع شرط نفاذه ولم يوجد في المرهون لانه في يد المرتن فاذا نفذ اعتاقه خرج العبد عن أن يكون مرهونا لانه صار حراما من كل وجه والحرم وجه وهو المدبر لا يصلح للرهن فالحر من كل وجه أولى ولهذا لم يصلح رهننا في حالة الابتداء فكذا في حالة البقاء ثم ينظر ان كان الراهن موسرا والدين حال يحجر الراهن على قضائه لانه لا معنى لايجاب الضمان وكذلك ان كان الدين مؤجلا وقد حل الاجل وان كان لم يحل غرم الراهن قيمة العبد وأخذه المرتن رضامكانه ولا سعاية على العبد أما وجوب الضمان على الراهن فلا نه أبطل على المرتن حقه حقا قويا هو في معنى الملك أو هو ملكه من وجه لصيرورته مستوفيا دينه من ماله من وجه فجاز أن يكون مضمونا بالاتلاف وأما كونه رهننا فلا نه بدل العبد وفي الحقيقة بدل ماله فيقوم مقامه وإذا حل الاجل ينظر ان كانت القيمة من جنس الدين يستوفى منها دينه فان كانت قيمته أكثر من الدين رد الفضل على الراهن وان كانت قيمته أقل من الدين يرجع بفضل الدين على الراهن وان كانت قيمته من خلاف جنس الدين حبسها بالدين حتى يستوفى دينه (وأما) عدم وجوب السعاية على العبد فلا نه لم يوجد منه بسبب وجوب الضمان وهو الاتلاف لان الاتلاف وجد من الراهن لا من العبد ومؤاخدة الانسان بالضمان من غير مباشرة بسبب منه خلاف الاصل وكذلك لو كان الراهن موسرا وقت الاعتاق ثم أعسر بعد ذلك لان العبرة لوقت الاعتاق لانه وقت مباشرة بسبب وجوب الضمان وان كان معسرا فالمرتن أن يرجع بدينه على الراهن ان شاء وان شاء استسعى العبد في الاقل من قيمته ومن الدين ويعتبر في العبد أيضا أقل قيمته وقت الرهن ووقت الاعتاق ويسعى في الاقل منهما ومن الدين حتى لو كان الدين القين وقيمة العبد وقت الرهن ألفا فازدادت قيمته في يد المرتن حتى صارت تساوى القين ثم أعتقه الراهن وهو معسر سعى العبد في ألف قدر

قيمته وقت الرهن ولو انتهت قيمته حتى صار يساوي خمسمائة سعى في خمسمائة قدر قيمته وقت الاعتاق (أما) اختيار الرجوع على الراهن فلانه أبطل حقه بالاعتاق (وأما) ولاية استسعاء العبد فلان بالرهن صارت مالية هذا العبد مملوكة للمرتهن من وجه لانه صار مستوفيا لدينه من ماليته فاذا أعتقه الراهن فقد صارت هذه المالية محتبسة عند العبد فوصلت الى العبد بالانلاف مالية مشغولة بحق المرتهن فكان للمرتهن أن يستخرجها منه ولا يمكنه ذلك الا باستسعاء العبد فله أن يستسعيه بخلاف حالة اليسار لان الدين في الحقيقة على الراهن وانما العبد جعل محلا لاستيفاء الدين منه عند تعذرا لاستيفاء من الراهن على ما هو موضوع الرهن في الشرع ان الراهن يؤمر بقضاء الدين وعند التعذر يستوفى من الرهن كما قبل الاعتاق والتعذر عند اعسار الراهن لا عند يساره فيسعى في حال الاعسار لافي حال اليسار وبخلاف العبد المشتري قبل القبض اذا أعتقه المشتري وهو مفلس لا يكون للبائع ولاية استسعاء العبد بقدر الثمن وان كان محبوسا قبل التسليم بالثمن كالمرهون محبوس بالدين لان العبد بنفس البيع خرج عن ملك البائع من كل وجه فلم يوجد احتباس مالية مملوكة للبائع عند العبد وانما للبائع مجرد حق الحبس فاذا خرج عن محمية الحبس بالاعتاق بطل حق الحبس أصلا وبقي حقه في مطالبة المشتري بالثمن فحسب أمأهمنا فبخلافه (وأما) السعاية في الأقل من قيمته ومن الدين فلما ذكرنا ان الاستسعاء لمكان ضرورة المالية المملوكة للمرتهن من وجه محتبسة عند العبد فتقدر السعاية بقدر الاحتباس ثم اذا سعى العبد يرجع بمأسعى على الراهن لانه قضى دين الراهن من خالص ملكه على وجه الاضطرار لان الشرع أوجب عليه السعاية والقاضي ألزمه ومن قضى دين غيره مضطرا من مال نفسه لا يكون متبرعا ويرجع عليه كالأورث اذا قضى دين الميت من مال نفسه انه يرجع على التركة كذا هذا فان بقي بعد السعاية شيء من الدين رجع المرتهن بذلك على الراهن ولو نقص العبد في السعر قبل الاعتاق بان كان الدين ألفا وقيمة العبد وقت الرهن ألفا فنقص في السعر حتى عادت قيمة الى خمسمائة ثم أعتقه الراهن وهو معسر سعى في قدر قيمته وقت الاعتاق وهو خمسمائة فللمرتهن أن يرجع على الراهن بخمسمائة أخرى لانه لم يصل اليه من حقه الا قدر خمسمائة فله أن يرجع عليه بالباقي ولو لم ينقص العبد في السعر ولكنه قتله عبيد يساوي مائة درهم فدفع مكانه فاعتقه الراهن وهو معسر يسعى في قيمته مائة درهم ويرجع بذلك على الراهن ويرجع المرتهن على الراهن بتسعمائة لانه لما دفع به فقد قام مقام الاول لحا واما فصار رهنا بجميع المال كان الاول قائم وتراجع سعره الى مائة فاعتقه الراهن وهو معسر ولو كان كذلك لسعى في قيمته وقت الاعتاق مائة درهم ويرجع بذلك على الراهن وكان للمرتهن أن يرجع بقيمة دينه على الراهن كذا هذا ولو كان الرهن جارية تساوي ألفا بألف فولدت ولدا يساوي ألفا فاعتقها المولى وهو معسر سعى في ألف لان الضمان فيهما ألف ولو لم تلد ولكن قتلها عبيد قيمته ألفان فدفع بها ثم أعتقه المولى سعى في ألف درهم لانه كان مضمونا بهذا القدر لقيامه مقام المقتولة لحا وما هو كانت مضمونة بهذا القدر كذا هذا ولو قال المولى لعبد رهنتك عند فلان وكذبه العبد ثم أعتقه المولى وهو معسر قال قول المولى ولزمه السعاية عند أصحابنا الثلاثة رضى الله عنهم وقال زفر رحمه الله القول قول العبد ولا سعاية عليه (وجه) قوله ان المولى بهذا الاقرار يريد الزام السعاية على العبد وقوله في الزام السعاية عليه غير مقبول كما لو أقر عليه بذلك بعد الاعتاق (ولنا) انه أقر بما يملك انشاءه عليه للحال لثبوت الولاية له عليه للحال لوجود سبب الولاية وهو الملك فيصح ولا يلتفت الى تكذيب العبد بخلاف ما بعد الاعتاق لانه هناك أقر بما يملك للحال انشاءه من مال ملك الولاية بالاعتاق هذا اذا أعتقه فاما اذا دبره فيجوز تديره ويخرج عن كونه رهنا أما جواز التدير فلانه يقف على قيام ملك الرقبة لجواز الاعتاق وملك الرقبة قائم بعد الرهن (وأما) خروجه عن الرهن فلان المدبر لا يصلح رهنا لان كون المرهون مالا مطلقا شرط لجواز الرهن على ما بينا فاقدم بالتدبير يخرج من أن يكون مالا مطلقا فيخرج عن كونه رهنا ولهذا لم يصلح رهنا ابتداء فكذا في حالة البقاء وهل يسعى للمرتهن لا خلاف في أن الراهن اذا كان معسرا يسعى (وأما) اذا كان موسرا ذكر الكرخي

رحمة الله انه يسعى وذكر القاضى في شرحه مختصر الطحاوى انه لا يسعى وسوى بين المرتين وبين الاعتاق وهو ان الدين ان كان حالاً أخذ المرتين جميع دينه من الراهن وان كان مؤجلاً أخذ قيمة العبد من الراهن ويكون رهناً مكانه كما في الاعتاق (وجهه) ما ذكره الكرخى ان الدين على المولى وكسب المدبر ملك المولى لانه بالتدبير لم يخرج عن ملك المولى فكانت سعاية مال المولى فكان صرف السعاية الى المرتين قضاء دين المولى من مال المولى فيستوى فيه حال الاسعار واليسار بخلاف كسب المعتق لانه كسب الحر من كل وجه وكسب الحر من كل وجه ملكه فكانت السعاية ملكه والاصل أن لا يؤمر الانسان بقضاء دين غيره من مال نفسه الا عند العجز عن القضاء بنفسه فيتعبد بحال العجز وهي حالة الاعسار (وجهه) ما ذكره القاضى أن السعاية وان كانت ملك المولى لكن لا يصنع للعبد في الكتابة بسبب وجوبها اذا لصنع له في التدبير بل هو فعل المولى ومهما أمكن إيجاب الضمان على من وجد منه مباشرة بسبب وجوبه كان أولى من إيجابه على من لا يصنع فيه أصلاً ورأساً فاذا كان المولى معسراً كان الامكان ثابتاً فلا معنى لإيجاب السعاية على العبد ثم اذا سعى في حالة الاعسار يسعى في جميع الدين بالغاً ما بلغ لان السعاية مال المولى فكان الاستسعاء من المرتين استيفاء الدين من مال المولى فكان له أن يستوفيه بتمامه سواء كان الدين حالاً أو مؤجلاً لما قلنا وقيل ان كان الدين حالاً فكذلك فاما اذا كان مؤجلاً فلا يسعى الا في قدر قيمته ويكون رهناً مكانه وهكذا ذكر القاضى في شرحه مختصر الطحاوى (وجهه) الفرق على هذا القول ان الدين اذا كان حالاً كان واجب القضاء للحال على سبيل التضييق وهذا مال المولى فيقضى منه دينه على الكمال واذا كان مؤجلاً لا يجب قضاؤه للحال أصلاً ولا يجب على سبيل التضييق الا أن الراهن بالتدبير فوت حق المرتين فتجب اعادة حقه اليه بموضع يقوم مقامه جبراً للقائت فيتقدر الجائر بقدر القائت فيستسعيه بقدر قيمته ويكون رهناً مكانه ولا يرجع المدبر بما يسعى على الراهن بخلاف المعتق فوقع الفرق بين التدبير والاعتاق في موضعين (أحدهما) ان المدبر يسعى في جميع الدين بالغاً ما بلغ ولا ينظر الى القيمة والمعتق يسعى في الاقل من قيمته ومن الدين والثاني ان المدبر لا يرجع بما يسعى على المولى والمعتق يرجع والفرق بينهما يرجع الى حرف واحد وهو ان سعاية المدبر ملك مولاه لكون المدبر ملكه اذا القائت بالتدبير ليس الا منفعة البيع فكان الاستسعاء استيفاء الدين من مال المولى فله أن يستوفيه على التمام والكمال ولا يرجع بما يسعى على المولى لانه قضى دين المولى من مال المولى فكيف يرجع عليه بخلاف المعتق لان سعاية ملكه على الخصوص لانه حر خالص الا أنه لزمته السعاية لاستخراج ملك المرتين من وجهه المحتبس عنده وهو مال فتقدر السعاية بقدر الاحتباس ويرجع بالسعاية على المولى اذا كان معسراً لانه قضى ديناً واجباً عليه من مال نفسه مضطراً فيملك الرجوع في الشرع على ما بينا بخلاف المدبر والله أعلم وعلى ما ذكره الكرخى رحمه الله وقع الفرق بينهما في موضع ثالث أيضاً وهو ان المدبر يسعى مع ايسار المولى والمعتق لا يسعى مع ايساره وقد بينا وجه ذلك فيما تقدم هذا اذا اعتق او دبر فاما اذا استولد بأن كان الرهن جارية فقبلت عند المرتين فادعاه الراهن فدعواه لا يخلو اما ان كانت قبل وضع الحمل واما ان كانت بعده فان كانت قبل وضع الحمل محت دعوته ويثبت نسب الولد منه وصارت الجارية أم ولد له وخرجت عن الرهن (أما) محبة الدعوة فلان الجارية ملكة من كل وجه والمالك من وجه يكتفي لصحة الدعوة فالمالك من كل وجه أولى وثبت النسب حكم محبة الدعوة وصيرورة الجارية أم ولد له حكم ثبوت النسب وخرج الجارية عن الرهن حكم الاستيلاء وهو صيرورتها أم ولد له لان أم الولد لا تصلح للرهن ألا ترى انها لا تصلح رهناً ابتداءً فكذا في حال البقاء ولا سعاية على الولد لانه صار حرراً قبل الولادة فلم يدخل في الرهن فلا يثبت حكم الرهن فيه (وأما) الجارية في حكمها حكم العبد المرهون اذا دبره الراهن وقد بينا ذلك كله وان كانت الجارية موضوعة الحمل ثم ادعى الراهن الولد محت دعوته وثبت النسب وصارت حرراً وصارت الجارية أم ولد له وخرجت من الرهن لما ذكرنا في الفصل الاول الآن هنا صار الولد حراً بعد ما دخل في الرهن وصارت له حصبة من الرهن فيقسم الدين عليهما على قدر قيمتهما الآن قيمة

الجارية تعتبر يوم الرهن وقيمة الولد تعتبر يوم الدعوة فيكون حكم الجارية في حصتها من الدين حكم المدبر في جميع الدين وقد ذكرنا ذلك وحكم الواد في حصته من الدين حكم المعتق في جميع ما ذكرنا وقد بينا ذلك الآن هناك ينظر الى ثلاثة أشياء الى قيمة العبد وقت الرهن والى قيمته وقت الاعتاق والى الدين فيسعى في الاقل من الاشياء الثلاثة وهنا ينظر فقط الى قيمة الولد وقت الدعوة والى حصته من الدين فيسعى في أقلهما اذا كان الراهن معسراً ويرجع بما سعى عليه

**فصل (وأما) حكم اختلاف الراهن والمرتهن والعدل فنقول وبالله التوفيق** اذا كان الدين الف درهم فاختلف الراهن والمرتهن في قدر المرهون به فقال الراهن انه رهن بمائة وقال المرتهن بألف فالقول قول الراهن مع يمينه لان المرتهن يدعى على الراهن زيادة ضمان وهو ينكر فكان القول قوله ولو أقام البينة فالبينة بينة المرتهن لانها تثبت زيادة ضمان ولو قال الراهن رهنته بجميع الدين الذي لك على وهو الف والرهن يساوى ألفاً وقال المرتهن ارهنته بمائة والرهن قائم فقدر روى عن أبي حنيفة ان القول قول الراهن ويتحالفان ويترادان لانهما اختلفا في قدر ما وقع عليه العقد وهو المرهون به فاشبه اختلاف البائع والمشتري في مقدار الثمن وهناك يتحالفان ويترادان كذا هنا فان هلك الرهن قبل أن يتحالفا كان كما قال المرتهن لان الراهن يدعى عليه زيادة ضمان وهو ينكر وان اتفقا على ان الرهن كان بألف واختلفا في قيمة الجارية فالقول قول المرتهن لان الراهن يدعى عليه زيادة ضمان وهو ينكر ولهذا كان القول قول الغاصب في مقدار الضمان فكذا هنا ولو أقام البينة فالبينة بينة الراهن لانها تثبت زيادة ضمان وكذلك لو كان الرهن ثوبين هلك أحدهما فاختلفا في قيمة الهالك ان القول قول المرتهن في قيمة الهالك والبينة بينة الراهن في زيادة القيمة لما قلنا وكذلك لو اختلفا في قدر الرهن فقال المرتهن رهنتي هذين الثوبين بألف درهم وقال الراهن رهنت أحدهما بعينه يحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه لانهما اختلفا في قدر المعتقد عليه وانه يوجب التحالف كما في باب البيع ولو أقام البينة فالبينة بينة المرتهن هكذا ذكر في الاصل لانها تثبت زيادة ضمان ولو قال الراهن للمرتهن هالك الرهن في يدك وقال المرتهن قبضته مني بعد الرهن فهلك في يدك فالقول قول الراهن لانهما اتفقا على دخوله في الضمان والمرتهن يدعى البراءة والراهن ينكر فكان القول قوله ولو أقام البينة فالبينة بينة أيضاً لانها تثبت استيفاء الدين وبينه المرتهن تنفي ذلك فالمثبتة أولى ولو قال المرتهن هلك في يد الراهن قبل أن أقبضه فالقول قوله لان الراهن يدعى دخوله في الضمان وهو ينكر ولو أقام البينة فالبينة بينة الراهن لانها تثبت الضمان ولو كان الرهن عبداً فاعور فاختلفا فقال الراهن كانت القيمة يوم الرهن ألفاً فذهب بالاعور الى النصف بمائة وقال المرتهن لا بل كانت قيمته يوم الرهن خمسمائة وانما ازداد بعد ذلك فانما ذهب من حقي الربع مائتان وخمسون فالقول قول الراهن لانه يستدل بالحال على الماضي فكان الظاهر شاهد أنه وان أقام البينة فالبينة بينة أيضاً لانها تثبت زيادة ضمان فكانت أولى بالقول ولو كان الدين مائة والرهن في يد عدل فباعه فاختلفا فقال الراهن باعه بمائة وقال المرتهن بخمسين ودفع الى وصدق العدل الراهن فالقول قول المرتهن مع يمينه لان المرهون خرج عن كونه مضموناً بنفسه بخروجه عن كونه رهناً بالبيع وتحول الضمان الى الثمن فالراهن يدعى تحوّل زيادة ضمان وهو ينكر فكان القول قوله كما اذا اختلفا في مقدار قيمة الرهن بعد هلاكه ولو أقام البينة فالبينة بينة الراهن لانها تثبت زيادة ضمان وبينه المرتهن تنفي تلك الزيادة فالمثبتة أولى لان اتفقا على الرهن اتفقا على الدخول في الضمان فالمرتهن بدعوى البيع يدعى خروجه عن الضمان وتحول الضمان الى الثمن والراهن ينكر فكان القول قوله مع يمينه وكذلك قال أبو حنيفة رضي الله عنه اذا كان الرهن مثل الدين في القيمة والمرتهن مسلط على بيعه بان ادعى انه باعه بمثل الثمن وهو ألف فالقول قوله وان قال بعته بتسعمائة لم يقبل قوله فصارك انه ضاع ولا يرجع على الراهن بالنقصان الى ان نجى بيمينته أو يصدق له ما ذكرنا انه كان مضموناً فلا يقبل قوله في انتقال الضمان وكذلك العدل اذا قال بعته بتسعمائة ولا يعلم الا بقوله لم يكن على العدل الاتسعمائة

ويكون الراهن راهاً بما فيه ولا يرجع المرتهن على الراهن بالمائة الفاضلة لأن قول العدل مقبول في براءة نفسه غير مقبول في إسقاط الضمان عن بعض ما تعلق به ولا في الرجوع على الراهن وذكر في الأصل إذا كان المرتهن مسلطاً على البيع فأقام بينة أنه باعه بتسعة وأقام الراهن بينة أنه مات في يد المرتهن أخذ بينة المرتهن وقال أبو يوسف يؤخذ بينة الراهن (وجه) قوله أن بينة الراهن ثبتت زيادة ضمان بنفيها بينة المرتهن فكانت المثبتة أولى (وجه) رواية الأصل أن بينة المرتهن تثبت أمر الم يكن وهو تحول الضمان من العين إلى الثمن وبينة الراهن تقر ضماناً كان ثابتاً قبل الموت فكانت المثبتة أولى والله تعالى أعلم

— ❦ —

### ❦ كتاب المزارعة ❦

الكلام في هذا الكتاب في مواضع في معنى المزارعة لغة وشرعاً وفي بيان شرعيتها وفي بيان ركن المزارعة وفي بيان الشرائط المصحة للركن على قول من يحيز المزارعة والشرائط المفسدة لها وفي بيان حكم المزارعة الصحيحة وفي بيان حكم المزارعة الفاسدة وفي بيان المعاني التي هي عذر في فسخ المزارعة وفي بيان الذي ينسخ به عقد المزارعة بعد وجودها وفي بيان حكم المزارعة المنفسخة (أما) الأول فالزراعة في اللغة مفاعلة من الزرع وهو الانبات والانبات المضاف إلى العبد مباشرة فعل أجرى الله سبحانه وتعالى العادة بحصول النبات عقيبها لا بتخليقه وإيجاده وفي عرف الشرع عبارة عن العقد على المزارعة ببعض الخارج بشرائطه الموضوعه لشرعاً فإن قيل المزارعة من باب المفاعلة فيقتضى وجود الفعل من اثنين كالمقابلة والمضاربة ونحوهما وفعل الزرع يوجد من العامل دون غيره بدليل أنه يسمى هو من راع دون رب الأرض والبذر ومن لا عمل من جهته فكيف يسمى هذا العقد مزارعة فالجواب عنه من وجهين أحدهما أن المفاعلة جاز أن تستعمل فيما لا يوجد الفعل إلا من واحد كالداواة والمعالجة وإن كان الفعل لا يوجد إلا من الطبيب والمعالج وقال الله تعالى عز شأنه قاتلهم الله أنى يؤفكون ولأحد يقصد مقالة الله عز شأنه فكذلك المزارعة جاز أن تكون كذلك والثاني أن كان أصل الباب ما ذكره فقد وجد الفعل هنا من اثنين لأن المزارعة مفاعلة من الزرع والزرع هو الانبات لغة وشرعاً والانبات المتصور من العبد هو التسبب لحصول النبات وفعل التسبب يوجد من كل واحد منهما إلا أن التسبب من أحدهما بالعمل ومن الآخر بالتكبير من العمل باعطاء الآلات والأسباب التي لا يحصل العمل بدونها عادة فكان كل واحد منهما مزارعاً حقيقة لوجود فعل الزرع منه بطريق التسبب إلا أنه اختص العامل بهذا الاسم في العرف ومثل هذا جائز كاسم الدابة ونحوه على ما عرف في أصول الفقه

❦ فصل ❦ وأما شرعية المزارعة فقد اختلف فيها قال أبو حنيفة عليه الرحمة أنها غير مشروعة وبه أخذ الشافعي رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله أنها مشروعة (وجه) قولهما ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم دفع نخل خير معاملة وأرضها مزارعة وأدنى درجات فعله عليه الصلاة والسلام الجواز وكذا هي شريعة متواترة لتعامل السلف والخلف ذلك من غير إنكار (وجه) قول أبي حنيفة أن عقد المزارعة استئجار ببعض الخارج وأنه منهي بالنص والمعقول (أما) النص فما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لرافع بن خديج في حائط لا تستأجره بشئ منه وروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن قبيز الطحان والاستئجار ببعض الخارج في معناه والمنهى غير مشروع (وأما) المعقول فهو أن الاستئجار ببعض الخارج من النصف والثلث والرابع ونحوه استئجار ببذل مجهول وأنه لا يجوز كإيجار الأجرة وبه تبين أن حديث خير محمول على الجزية دون المزارعة صيانة للدلالة على الشرع عن التناقض والدليل على أنه لا يمكن حمله على المزارعة أنه عليه الصلاة والسلام قال فيه أكرم ما أكرم الله وهذا منه عليه الصلاة والسلام محبيل المدة وجهالة المدة يمنع صحة المزارعة بلا خلاف بقي ترك الانكار على التعامل وإذا احتمل أن يكون للجواز ويحتمل أن يكون لكونه محل الاجتهاد فلا يدل على الجواز مع الاحتمال

**﴿ فصل ﴾** وأما ركن المزارعة فهو الإيجاب والقبول وهو أن يقول صاحب الأرض للعامل دفعتك إليك هذه الأرض مزارعة بكذا أو يقول العامل قبلت أو رضيت أو ما يدل على قبوله ورضاه فإذا وجدتم العقد بينهما

**﴿ فصل ﴾** وأما الشرائط فهي في الأصل نوعان شرائط مصححة للعقد على قول من يحجز المزارعة وشرائط مفسدة له (أما المصححة فأنواع بعضها يرجع إلى المزارع وبعضها يرجع إلى الزرع وبعضها يرجع إلى ما عقد عليه المزارعة وبعضها يرجع إلى الآلة للمزارعة وبعضها إلى الخارج وبعضها يرجع إلى المزرع فيه وبعضها يرجع إلى مدة المزارعة (أما الذي يرجع إلى المزارع فنوعان الأول أن يكون عاقلاً فلا تصح مزارعة المجنون والصبي الذي لا يعقل المزارعة دفعة واحدة إلا أن العقل شرط أهلية التصرفات (وأما البلوغ فليس بشرط لجواز المزارعة حتى تجوز مزارعة الصبي المأذون دفعة واحدة لأن المزارعة استتجار ببعض الخارج والصبي المأذون بملك الاجارة لا تأمتهجارة فيملك المزارعة وكذلك الحرية ليست بشرط لصحة المزارعة فتصح المزارعة من العبد المأذون دفعة واحدة أما إذا كان في الصبي المأذون والثاني أن لا يكون مرتد على قياس قول أبي حنيفة رحمه الله في قياس قول من أجاز المزارعة فلا تنفذ مزارعته للحال بل هي موقوفة وعند هذا ليس بشرط لجواز المزارعة ومزارعة المرتد نافذة للحال بيان ذلك أنه إذا دفع المرتد أرضاً إلى رجل مزارعة بالنصف أو بالثلث أو بالربع فعمل الرجل وأخرجت الأرض زرعاً ثم قتل المرتد أو مات على الردة أو لحق بدار الحرب وقضى بلحقه بدار الحرب فهذا على وجهين إما أن دفع الأرض والبذر جميعاً مزارعة أو دفع الأرض دون البذر فإن دفعهما جميعاً مزارعة فالخارج كله للمزارع ولا شيء لورثة المرتد لأن مزارعته كانت موقوفة فإذا مات أو لحق بدار الحرب تبين أنه لم يصبح أصلاً فصارك أن العامل زرع أرضه ببذر مغصوب ومن غصب من آخر حباً وبذر به أرضه فأخرجت كان الخارج له دون صاحب البذر وعلى العامل مثل ذلك البذر لأنه مغصوب استهلكه وله مثله فيلزمه مثله ثم ينظر أن كانت الأرض تقصتها المزارعة فعليه ضمان التقصان لأنه أتلف مال الغير بغير إذنه فيجب عليه الضمان ويتصدق بما وراء قدر البذر وقصان الأرض لأنه حصل بسبب خيبت فكان سبيله التصديق وإن كانت لم ينقصها المزارعة فلا ضمان عليه لانعدام الاتلاف وإن أسلم فالخارج بينهما على الشرط سواء أسلم قبل أن يستحصد الزرع أو بعد ما استحصد لأنه لما أسلم تبين أن المزارعة وقعت صحيحة وعند أبي يوسف ومحمد الخارج على الشرط كيف ما كان لأن تصرفات المرتد نافذة عندهما بمنزلة تصرفات المسلم فتكون حصته له فإن مات أو لحق بدار الحرب يكون لورثته وإن دفع إليه الأرض دون البذر فالخارج له أيضاً لأنه لما ظهر أنه لما لم تصبح المزارعة صار كأنه غصب أرضاً وبذر بها ببذر نفسه فأخرجت ولو كان كذلك كان الخارج له كذا هذا إلا أنه يأخذ من ذلك قدر بذره ونفقته وضمان التقصان إن كانت المزارعة تقصتها ويتصدق بالفضل لما ذكرنا وإن كانت لم تنقصها فقياس قول أبي حنيفة رحمه الله على قياس قول من أجاز المزارعة أن يكون الخارج كله للعامل ولا يلزمه قصان الأرض ولا غيره وفي الاستحسان الخارج بين العامل وبين ورثة المرتد على الشرط (وجه) القياس ما ذكرناه يصير بمنزلة الغاصب ومن غصب من آخر أرضاً فزرعها ببذر نفسه ولم تنقصها المزارعة كان الخارج كله له ولا يلزمه شيء كذا هذا (وجه) الاستحسان إن انعدام صحة تصرف المرتد بعد الموت والمحاق ليس لمكان انعدام أهليته لأن الردة لا تنافي لانعدام الأهلية بل لتعلق حق ورثته بما له لوجود أمارته الاستغناء بالردة لأن الظاهر أنه لا يسلم بل يقتل أو يلحق بدار الحرب فيستغنى عن ماله فيثبت التعلق بنظر الهم ونظرهم هنا في تصحيح التصرف لا في إبطاله ليصل إليهم شيء فأشبهه العبد المحجور إذا أجز نفسه وسلم من العمل أنه لا يبطل تصرفه بل يصحح حتى تجب الاجرة لأن الحكم ببطلان تصرفه لنظر المولى ونظره هنا في التصحيح دون الإبطال كذا هذا وإذا أسلم المرتد فالخارج على الشرط سواء أسلم قبل انقضاء المزارعة أو بعد انقضائها تقصت المزارعة الأرض أو لم تنقصها كما ذكرنا في الوجه الأول وعلى قولهما الخارج على الشرط كيف ما كان أسلم أو قتل أو لحق لأن تصرفاته نافذة بمنزلة تصرفات المسلم هذا إذا

دفع مرتد أرضه مزارة الى مسلم فاما اذا دفع مسلم أرضه مزارة الى مرتد فهذا على وجهين أيضا اما ان دفع الأرض والبذر جميعا أو دفع الأرض دون البذر فان دفعهما جميعا مزارة فعلم المرتد فأخرجت الأرض زرا كثيرا ثم قتل المرتد أو مات أو لحق بدار الحرب فالخارج كله بين المسلم وبين ورثة المرتد على الشرط بلا خلاف لان انعدام صحة تصرف المرتد لا لعين رده بل لتضمنه ابطال حق الورثة لتعلق حقهم بماله على ما مر وعمل المرتد هنا ليس تصرفا في ماله بل على نفسه بإبقاء المانع ولا حق لورثته في نفسه فصحت المزارة فكان الخارج على الشرط المذكور وان دفع الأرض دون البذر فعلم المرتد ببذره وأخرجت الأرض زرا ففي قياس قول أبي حنيفة على قياس قول من أجاز المزارة أن الخارج كله لورثة المرتد ولا يجب نقصان الأرض لان عنده تصرفات المرتد موقوفة غير نافذة للحال فلم تنفذ مزارته فكان الخارج حادنا على ملكه لكونه نماء ملكه فكان لورثته وفيه اشكال وهو ان هذا الخارج من اكساب رده وكسب الردة في عند أبي حنيفة فكيف يكون لورثته (والجواب) انه حين بذر كان حق الورثة متعلقا بالبذر لما مر من قبل فالخاصل منه يحدث على ملكهم فلا يكون كسب الردة ولا يجب نقصان الأرض لان ضمان النقصان يعتمد اتلاف مال الغير بغير اذنه ولم يوجد اذا المزارة حصلت باذن المالك وعند أبي يوسف ومحمد الخارج على الشرط كما اذا كان مسلما لما ذكرنا وان أسلم فالخارج على الشرط بلا خلاف سواء أسلم قبل أن يستحصد الزرع أو بعد ما استحصد لما ذكرنا هذا اذا كانت المزارة بين مرتد ومسلم (فأما) اذا كانت بين مسلمين ثم ارتد أو ارتد أحدهما فالخارج على الشرط بلا خلاف لانه لما كان مسلما وقت العقد صح التصرف فاعتراض الردة بعد ذلك لا تبطله (وأما) المرتدة فتصح مزارتها فعا واحدا أبالاجماع لان تصرفاتها نافذة بمنزلة تصرفات المسلمة فتصح المزارة منها فعا واحدا بمنزلة مزارة المسلمة

**(فصل)** وأما الذي يرجع الى الزرع فنوع واحد وهو أن يكون معلوما بأن بين ما يزرع لان حال المزروع يختلف باختلاف الزرع بالزيادة والنقصان فرب زرع يزيد في الأرض ورب زرع ينقصها وقد يقل النقصان وقد يكثر فلا بد من البيان ليكون لزوم الضرر مضافا الى التزامه الا اذا قل له ازرع فيها ما شئت فيجوز له أن يزرع فيها ما شاء لانه لما فوض الامر اليه فقد رضى بالضرر الا أنه لا يملك الغرس لان الداخل تحت العقد الزرع ودون الغرس **(فصل)** وأما الذي يرجع الى المزرعة فهو أن يكون قابلا لعمل الزراعة وهو أن يؤثر فيه العمل بالزيادة بمجرى المادة فلا يلا يؤثر فيه العمل بالزيادة عادة لا يتحقق فيه عمل الزراعة حتى لو دفع أرضا فيها زرع قد استحصد مزارة لم يجز كذا قالوا لان الزرع اذا استحصد لا يؤثر فيه عمل الزراعة بالزيادة فلا يكون قابلا لعمل الزراعة

**(فصل)** وأما الذي يرجع الى الخارج من الزرع فأشياء منها أن يكون مذكورا في العقد حتى لو سكت عنه فسد العقد لان المزارة استعجار والسكوت عن ذكر الاجرة يفسد الاجارة (ومنها) أن يكون لها حق لو شرط أن يكون الخارج لاحدهما يفسد العقد لان معنى الشركة لازم لهذا العقد وكل شرط يكون قاطعا للشركة يكون مفسدا للعقد (ومنها) أن تكون حصة كل واحد من المزارعين بعض الخارج حتى لو شرط أن يكون من غيره لا يصح العقد لان المزارة استعجار ببعض الخارج به تنفصل عن الاجارة المطلقة (ومنها) أن يكون ذلك البعض من الخارج معلوم القدر من النصف والثلث والرابع ونحوه لان ترك التقدير يؤدي الى الجهالة المضيقية الى المنازعة ولهذا شرط بيان مقدار الاجرة في الاجارات كذا هذا (ومنها) أن يكون جزأ شاعرا من الجسلة حتى لو شرط لاحدهما قرضا معلوما لا يصح العقد لان المزارة فيها معنى الاجارة والشركة تنعقد اجارة ثم تتم شركة (أما) معنى الاجارة فلا أن الاجارة تملك المنفعة بعوض والمزارة كذلك لان البذر ان كان من رب الأرض فالعامل يملك منفعة نفسه من رب الأرض بعوض وهو نماء بذره وان كان البذر من قبل العامل فرب الأرض يملك منفعة أرضه من العامل بعوض وهو نماء بذره فكانت المزارة استعجارا للعامل واما للأرض لكن ببعض الخارج وأما معنى الشركة

فلأن الخارج يكون مشتركاً بينهما على الشرط المذكور وإذا ثبت أن معنى الاجارة والشركة لازم لهذا العقد فاشتراط قدر معلوم من الخارج ينفي لزوم معنى الشركة لا احتمال أن الارض لا تنخرج زيادة على القدر المعلوم ولهذا اذا شرط في المضاربة سهم معلوم من الربح لا يصح كذا هذا وكذا اذا ذكر جزأشاً لهما وشرط معهما زيادة أقفزة معلومة انه الا يصح لما قلنا وعلى هذا اذا شرط أحدهما للبذر لنفسه وأن يكون الباقي بينهما لا تصح المزارعة لجواز أن لا تنخرج لارض الا قدر البذر فيكون كل الخارج له فلا يوجد معنى الشركة ولأن هذا في الحقيقة شرط قدر البذر أن يكون له لآعين البذر لأن عينه تهلك في التراب وهذا لا يصح لما ذكرنا وهذا بخلاف المضاربة لأن قدر رأس المال يرفع ويقسم الباقي على الشرط لأن المضاربة تقتضي الشركة في الربح لآي غير ودفع رأس المال لانعدام معنى الشركة في الربح (فأما) المزارعة فتقتضي الشركة في كل الخارج واشتراط قدر معلوم من الخارج يمنع تحقق الشركة في كله فهو الفرق بين الفصلين وكذا اذا شرط ما على الماذيات والسواقي لا يصح العقد لأن ما على الماذيات والسواقي معلوم فشرطه يمنع لزوم الشركة في العقد وقد روي أنهم كانوا يشترطون في عقد المزارعة لآحد ههما ما على الماذيات والسواقي فلما بعث النبي المكرم عليه أفضل التحية بطله

**فصل** وأما الذي يرجع إلى المزرع وفيه وهو الارض فأنواع (منها) أن تكون صالحة للزراعة حتى لو كانت سبخة أو زنة لا يجوز العقد لأن المزارعة عقد استئجار لكن بعض الخارج والارض السبخة والزنة لا تجوز اجارتها فلا تجوز مزارعتها (فأما) اذا كانت صالحة للزراعة في المدة لكن لا تمكن زراعتها وقت العقد لارض من انقطاع الماء وزمان الشتاء ونحوه من العوارض التي هي على شرف الزوال في المدة تجوز مزارعتها كما تجوز اجارتها (ومنها) أن تكون معلومة فان كانت مجهولة لا تصح المزارعة لأنها تؤدي إلى المنازعة ولودفع الارض مزارعة على أن يزرع فيها حنطة فكذا وما يزرع فيها شعير فكذا يفسد العقد لأن المزرع وفيه مجهول لأن كلمة من للتبويض فيقع على بعض الارض وانه غير معلوم وكذا لو قال على أن يزرع بعضها حنطة وبعضها شعيراً لأن التبويض على التبويض تنصيص على التجهيل ولو قال على أن يزرع فيها حنطة فكذا وما زرع فيها شعيراً فكذا اجاز لانه جعل الارض كلها ظراً لزرع الحنطة أو لزرع الشعير فانه عدم التجهيل ولو قال على أن يزرع فيها بغير كراب فكذا ذكر في الاصل انه جائز وهذا مشكل لأن المزرع وفيه من الارض مجهول فأشبه ما اذا قال يزرع فيها حنطة فكذا وما زرع فيها شعيراً فكذا ومنهم من اشتغل بتصحيح جواب الكتاب والفرق بين الفصلين على وجه لم يتضح ولو قال على أنه يزرع حنطة فكذا وان يزرع شعيراً فكذا وان يزرع سمسماً فكذا ولم يذكر منها فهو جائز لانعدام جهالة المزرع وفيه وجهان الأول للخال ليس بضائر لانه فوض الاختيار اليه فأي ذلك اختاره يتعين ذلك العقد باختياره فعلاً كما قلنا في الكفارات الثلاث ولو زرع بعضها حنطة وبعضها شعيراً اجاز لانه لو زرع الكل حنطة أو الكل شعيراً اجاز فاذ زرع البعض حنطة والبعض شعيراً أولى (ومنها) أن تكون الارض مسالمة إلى العامل محلاة وهو أن يوجد من صاحب الارض التخلية بين الارض وبين العامل حتى لو شرط العمل على رب الارض لا تصح المزارعة لانعدام التخلية فكذا اذا اشترط فيه عملهما فيمنع التخلية جميعاً لما قلنا ولهذا لو شرط رب المال في عقد المضاربة العمل مع المضارب لا تصح المضاربة لانه شرط يمنع وجود ما هو شرط لصحة العقد وهو التخلية كذا هذا وعلى هذا اذا دفع ارضاً وبذراؤه بقر على أن يزرع العامل وعبد رب الارض وللعامل الثلث ولرب الارض الثلث ولعبد الثلث فهو جائز على ما اشترط لأن صاحب الارض صار مستأجر للعامل ببعض الخارج الذي هو نماء ملكه فصح وشرط العمل على عبده لا يكون شرطاً على نفسه لأن العبد المأذون له يد نفسه على كسبه لا يد النيابة عن مولاه فيصير بمنزلة الاجنبى فلا يمنع تحقيق التخلية فلا يمنع الصحة ويكون نصيب العبد لمولاه وان كان البذر من العامل لا تصح المزارعة لانه يصير مستأجراً للارض والبقرة والعبد ببعض الخارج الذي هو نماء ملكه وذا



لا يصح على ما ذكره يكون الخارج له وعليه أجر مثل الأرض والبقر والعبد لأن هذا حكم المزارعة الفاسدة على ما ذكره في موضعه وكذلك لو كان شرط عمل رب الأرض مع ذلك كان له أيضا أجر مثل عمله لأن هذا شرط مفسد للعقد والله أعلم

**فصل** ﴿ وأما الذي يرجع إلى ما عقد عليه المزارعة فهو أن يكون المعقود عليه في باب المزارعة مقصودا من حيث إنها اجارة أحد أمرين إما منفعة العامل بأن كان البذر من صاحب الأرض وإما منفعة الأرض بأن كان البذر من العامل لأن البذر إذا كان من قبل رب الأرض يصير مستأجر للعامل وإذا كان من قبل العامل يصير مستأجرا للأرض وإذا اجتمع في الاستئجار فسدت المزارعة فأما منفعة البقر فإن حصلت تابعة صحت المزارعة وإن جعلت مقصودة فسدت

**فصل** ﴿ وبيان هذه الجملة ببيان أنواع المزارعة فنقول وبالله التوفيق المزارعة أنواع (منها) أن تكون الأرض والبذر والبقر والا لة من جانب والعمل من جانب وهذا جائز لأن صاحب الأرض يصير مستأجر للعامل لا غير ليعمل في أرضه ببعض الخارج الذي هو نماء ملكه وهو البذر (ومنها) أن تكون الأرض من جانب والباقي كله من جانب وهذا أيضا جائز لأن العامل يصير مستأجر للأرض لا غير ببعض الخارج الذي هو نماء ملكه وهو البذر (ومنها) أن تكون الأرض والبذر من جانب والبقر والا لة والعمل من جانب فهذا أيضا جائز لأن هذا استئجار للعامل لا غير مقصودا فأما البذر فغير مستأجر مقصودا ولا يقابل به شيء من الاجرة بل هي توابع للمعقود عليه وهو منفعة العامل لأنه آلة للعمل فلا يقابل به شيء من العمل كمن استأجر خياطاً بآلة فآلة لا تقابل به شيء من الاجرة ولأنه لما كان تابعا للمعقود عليه فكان جاريا بحرى الصفة للعمل كان العقد عقداً على عمل جيد والاوصاف لا قسط لها من العوض فأمكن أن تنعقد اجارة ثم تتم شركة بين منفعة الأرض وبين منفعة العامل (ومنها) أن تكون الأرض والبقر من جانب والبذر والعمل من جانب وهذا لا يجوز في ظاهر الرواية وروى عن أبي يوسف أنه يجوز (وجه) قوله أنه لو كان الأرض والبذر من جانب جاز وجعلت منفعة البقر تابعة لمنفعة العامل فكذا إذا كان الأرض والبقر من جانب يجب أن يجوز ويجعل منفعة البقر تابعة لمنفعة الأرض (وجه) ظاهر الرواية أن العامل هنا يصير مستأجر للأرض والبقر جميعاً مقصوداً ببعض الخارج لأنه لا يمكن تحقيق معنى التبعية هنا لاختلاف جنس المنفعة لأن منفعة البقر ليست من جنس منفعة الأرض فبقيت أصلاً بنفسها فكان هذا استئجار البقر ببعض الخارج أصلاً ومقصوداً واستئجار البقر مقصوداً ببعض الخارج لا يجوز لوجهين أحدهما ما ذكرنا أن المزارعة تنعقد اجارة ثم تتم شركة ولا يتصور انعقاد الشركة بين منفعة البقر وبين منفعة العامل بخلاف الفصل الاول لأنه يتصور انعقاد الشركة بين منفعة الأرض ومنفعة العامل والثاني أن جواز المزارعة ثبت بالنص مخالفاً للقياس لأن الاجرة معدومة وهي مع انعدامها محمولة فيقتصر جوازها على المحل الذي ورد النص فيه وذلك فيما إذا كانت الآلة تابعة فإذا جعلت مقصودة يرد إلى القياس (ومنها) أن يكون البذر والبقر من جانب والأرض والعمل من جانب وهذا لا يجوز أيضا لأن صاحب البذر يصير مستأجر للأرض والعامل جميعاً ببعض الخارج والجمع بينهما يمنع صحة المزارعة (ومنها) أن يكون البذر من جانب والباقي كله من جانب وهذا لا يجوز أيضا لما قلنا وروى عن أبي يوسف في هذين الفصلين أيضا أنه يجوز لأن استئجار كل واحد منهما جائز عند الأفراد فكذا عند الاجتماع (والجواب) ما ذكرنا أن الجواز على مخالفة القياس ثبت عند الأفراد فتبقى حالة الاجتماع على أصل القياس وطريق الجواز في هذين الفصلين بالاتفاق أن يأخذ صاحب البذر الأرض مزارعة ثم يستعير من صاحبها ليعمل له فيجوز والخارج يكون بينهما على الشرط (ومنها) أن يشترك جماعة من أحدهم الأرض ومن الآخر البقر ومن الآخر البذر ومن الرابع العمل وهذا لا يجوز أيضا لما مر وفي عين هذا ورد الخبر بالفساد فانه روى أن أربعة نفر اشتروا على عهد رسول الله

صلى الله عليه وسلم على هذا الوجه فأبطل رسول الله صلى الله عليه وسلم من أراعتهم وعلى قياس ما روى عن أبي يوسف يجوز (ومنها) أن يشترط في عقد المزارعة أن يكون بعض البذر من قبل أحدهما والبعض من قبل الآخر وهذا لا يجوز لأن كل واحد منهما يصير مستأجراً صاحبه في قدر بذره فيجتمع استئجار الأرض والعمل من جانب واحد وأنه مفسد (ومنها) أن تكون الأرض من جانب والبذر والبقرة من جانب دفع صاحب الأرض أرضه إليه على أن يزرعها ببذره وبقرة مع هذا الرجل الآخر على أن ما خرج من شئ فثلثه لصاحب الأرض وثلثاه لصاحب البذر والبقرة وثلثه لذلك العامل وهذا صحيح في حق صاحب الأرض والعامل الأول فاسد في حق العامل الثاني ويكون ثلث الخراج لصاحب الأرض وثلثاه للعامل الأول وللعامل الثاني أجر مثل عمله وكان ينبغي أن تفسد المزارعة في حق الكل لأن صاحب البذر وهو العامل الأول جمع بين استئجار الأرض والعامل وقد ذكرنا أن الجمع بينهما مفسد للعقد لكونه خلاف مورد الشرع بالمزارعة ومع ذلك حكم بصحتها في حق صاحب الأرض والعامل الأول وإنما كان كذلك لأن العقد فيما بين صاحب الأرض والعامل الأول وقع استئجار الأرض لا غير وأنه صحيح وفيما بين العاملين وقع استئجار الأرض والعامل جميعاً وأنه غير صحيح ويجوز أن يكون العقد الواحد له جهران جهة الضحية وجهة الفساد خصوصاً في حق شخصين فيكون صحيحاً في حق أحدهما فاسداً في حق الآخر ولو كان البذر في هذه المسئلة من صاحب الأرض سحت المزارعة في حق الكل والخراج بينهم على الشرط لأن صاحب الأرض في هذه الصورة يعتبر مستأجراً للعاملين جميعاً والجمع بين استئجار العاملين لا يقدح في صحة العقد وإذا صح العقد كان الخراج على الشرط

﴿فصل﴾ وأما الذي يرجع إلى آلة المزارعة فهو أن يكون البقر في العقد تابعاً فان جعل مقصوداً في العقد تفسد المزارعة وقد تقدم بيانه في الفصل المتقدم بما فيه كفاية

﴿فصل﴾ وأما الذي يرجع إلى مدة المزارعة فهو أن تكون المدة معلومة فلا تصبح المزارعة إلا بعد بيان المدة لأنها استئجار ببعض الخراج ولا تصبح إلا جارة مع جهالة المدة وهذا هو القياس في المعاملة لأن لا تصبح إلا بعد بيان المدة لأنها استئجار العامل ببعض الخراج فكانت اجارة بمنزلة المزارعة إلا أنها جازت في الاستحسان للعامل الناس ذلك من غير بيان المدة وتقع على أول جزء يخرج من الثمرة في أول السنة لأن وقت ابتداء المعاملة معلوم (فأما) وقت ابتداء المزارعة فتفاوت حتى أنه لو كان في موضع لا يتفاوت يجوز من غير بيان المدة وهو على أول زرع يخرج كذا ذكر محمد ابن سامة أن بيان المدة في ديارنا ليس بشرط كما في المعاملة

﴿فصل﴾ وأما الشرائط المفسدة للمزارعة فأنواع وقد دخل بعضها في بيان الشرائط المصححة (منها) شرط كون الخراج لأحد هـ لأنه شرط يقطع الشركة التي هي من خصائص العقد (ومنها) شرط العمل على صاحب الأرض لأن ذلك يمنع التسليم وهو التخلية (ومنها) شرط البقر عليه لأن فيه جعل منفعة البقر معقوداً عليها مقصودة في باب المزارعة ولا سبيل إليه (ومنها) شرط العمل والأرض جميعاً من جانب واحد لأن ذلك خلاف مورد الشرع الذي هو خلاف القياس على ما مر في القصول المتقدمة (ومنها) شرط الحمل والحفظ على المزارع بعد القسمة لأنه ليس من عمل المزارعة (ومنها) شرط الحصاد والرفع إلى البيدر والدياس والتذرية لأن الزرع لا يحتاج إليه إلا لا يتعلق به صلاحه والأصل أن كل عمل يحتاج إليه الزرع قبل تناهيه وإدراكه وجفافه مما يرجع إلى إصلاحه من السقي والحفظ وقلع الحشاوة وحفر الأنهار وتسوية المسناة ونحوها فعلى المزارع أن ما هو المقصود من الزرع وهو النماء لا يحصل بدونه عادة فكان من توابع المقود عليه فكان من عمل المزارعة فيكون على المزارع وكل عمل يكون بعد تناهي الزرع وإدراكه وجفافه قبل قسمة الحب مما يحتاج إليه خلوص الحب وتنقيته يكون بينهما على شرط الخراج لأنه ليس من عمل المزارعة ولهذا قالوا لو دفع أرضاً مزارعة وفيها زرع قد استحصد لا يجوز أن لا تقضاء وقت عمل المزارعة إذا عمل

فيه بعد الادراك مما لا يفيد وكل عمل يكون بعد القسمة من الحمل الى البيت ونحوه مما يحتاج اليه لا حراز المقسوم فعلى كل واحد منهما في نصيبه لان ذلك مؤنة ملكه فيلزمه دون غيره وروى عن أبي يوسف انه أجاز شرط الحصاد ورفع البيدر والدياس والتذرية على المزارع لتعامل الناس وبعض مشايخنا بما وراء النهر يفتون به أيضا وهو اختيار نصير بن يحيى ومحمد بن سلامة من مشايخ خراسان والجداذ في باب المعاملة لا يلزم العامل بلا خلاف (أما) في ظاهر الرواية فلا يشك وأما على رواية أبي يوسف فلا نعدم التعامل فيه ولو باع الزرع قصيلا فاجتمع على أن يقصلا كان القصل على كل واحد منهما في قدر شرط الحب لانه بمنزلة شرط الحصاد (ومنها) شرط التبن لمن لا يكون البذر من قبله وجملة ان هذا لا يخلو من ثلاثة أوجه أما ان شرط أن يكون التبن بينهما وأما ان سكتا عنه وأما ان شرط أن يكون لاحد همدون الآخر فان شرط أن يكون بينهما لا شك أنه يجوز لانه شرط مقرر مقتضى العقد لان الشركة في الخراج من الزرع من معاني هذا العقد على ما مر وان سكتا عنه يفسد عند أبي يوسف وعند محمد لا يفسد ويكون لصاحب البذر منهما ما ذكر الطحاوي ان محمد أرجع الى قول أبي يوسف (وجه) قول محمد ان ما يستحقه صاحب البذر يستحقه بذره لا بالشرط فكان شرط التبن والسكوت عنه بمنزلة واحدة (وجه) قول أبي يوسف ان كل واحد منهما أعني الحب والتبن مقصود من العقد فكان السكوت عن التبن بمنزلة السكوت عن الحب واذما فسد بالاجماع فكذا هذا وان شرط أن يكون لاحد همدون الآخر فان شرطه لصاحب البذر جاز ويكون له لان صاحب البذر يستحقه من غير شرط لكونه نماء ملكه فالشرط لا يزيد الا تأكيذا وان شرطه لمن لا بذره فسدت المزارعة لان استحقاق صاحب البذر التبن بالبذر لا بالشرط لانه نماء ملكه ونماء ملك الانسان ملكه فصار شرط كون التبن لمن لا بذره من قبله بمنزلة شرط كون الحب له واذما فسد كذا هذا (ومنها) أن يشترط صاحب الارض على المزارع عملا يبقى أثره ومنفعته بعد مدة المزارعة كبناء الحائط والسرقند واستحداث حفر النهر ورفع المسناة ونحو ذلك مما يبقى أثره ومنفعته الى ما بعد اقضاء المدة لانه شرط لا يقتضيه العقد وأما الكراب فلا يخلو في الاصل من وجهين (أما) ان شرطه في العقد وأما ان سكتا عنه فان سكتا عنه هل يدخل تحت عقد المزارعة حتى يجبر المزارع عليه لو امتنع أولا فسنذكره في حكم المزارعة الصحيحة ان شاء الله تعالى وان شرطه في العقد فلا يخلو ايضا من وجهين أما ان شرطه مطلقا عن صفة التثنية وأما ان شرطه مقيد بأهافان شرطه مطلقا عن الصفة قال بعضهم انه يفسد العقد لان أثره يبقى الى ما بعد المدة وقال عامتهم لا يفسد وهو الصحيح لان الكراب بدون التثنية مما يبطل السقي على وجهه لا يبقى له أثر ومنفعة بعد المدة فلم يكن شرطه مفسدا للعقد وان شرطه مع التثنية فسدت المزارعة لان التثنية إما أن تكون عبارة عن الكراب مرتين مرة للزراعة مرة بعد الحصاد ليرد الارض على صاحبها مكر وبه وهذا شرط فاسد لا شك فيه لما ذكرنا أنه شرط عمل ليس هو من عمل المزارعة لان الكراب بعد الحصاد ليس من عمل المزارعة في هذه السنة وأما أن يكون عبارة عن فعل الكراب مرتين قبل الزراعة وانه عمل يبقى أثره ومنفعته الى ما بعد المدة فكان مفسدا حتى انه لو كان في موضع لا يبقى لا يفسد كذا قال بعض مشايخنا ولودفع الارض مزارعة على أنه ان زرعها بغير كراب فللمزارع الربيع وان زرعها بكراب فله الثلث وان كرها وثناها فله النصف فهو جازر على ما شرط كذا ذكر في الاصل وهذا مشكل في شرط الكراب مع التثنية لانه شرط مفسد فينبغي أن يفسد هذا الشرط واذما عمل يكون له أجر مثل عمله فاما شرط الكراب وعدمه فصحيح على الشرط المذكور لانه غير مفسد وبعضهم يحجوا جواب الكتاب وفرقوا بين هذا الشرط وبين شرط التثنية بفرق لم يتضح وفرع في الاصل فقال ولو زرع بعض الارض بكراب وبعضها بغير كراب وبعضها بثنان فهو جازر والشرط بينهما في كل الارض نافذ على ما شرط كذا ذكر في الاصل وهذا بناء على الاول لانه ان شرط التثنية في كل الارض عند اختيار ذلك يصح في البعض بالطريق الاول

﴿فصل﴾ وأما بيان حكم المزارعة الصحيحة عند من يجزها فنقول وبالله التوفيق للمزارعة الصحيحة أحكام

(منها) ان كل ما كان من عمل المزارعة مما يحتاج الزرع اليه لا صلاحه فعلى المزارع ان العقد تناوله وقد بناه (ومنها) ان كل ما كان من باب النفقة على الزرع من السرقة وقلع الحشاوة ونحو ذلك فعليهما على قدر حقهما وكذلك الحصاد والحمل الى البيدر والدياس وتذريته لما ذكرنا ان ذلك ليس من عمل المزارعة حتى يختص به المزارع (ومنها) أن يكون الخراج بينهما على الشرط المذكور لان الشرط قد صبح فيلزم الوفاء به لقوله عليه الصلاة والسلام المسلمون عند شروطهم (ومنها) انها اذا لم تخرج الارض شيئاً فلا شيء لواحد منهما لا أجر العمل ولا أجر الارض سواء كان البذر من قبل العامل أو من قبل رب الارض بخلاف المزارعة الفاسدة انه يجب فيها أجر المثل وان لم تخرج الارض شيئاً والفرق أن الواجب في العقد الصحيح هو المسمى وهو بعض الخراج ولم يوجد الخراج فلا يجب شيء والواجب في المزارعة الفاسدة أجر مثل العمل في الذمة لا في الخراج فانعدام الخراج لا يمنع وجوبه في الذمة فهو الفرق (ومنها) ان هذا العقد غير لازم في جانب صاحب البذر لازم في جانب صاحبه لو امتنع بعد ما عقد عقد المزارعة على الصحة وقال لا أريد زراعة الارض له ذلك سواء كان له عذر أو لم يكن ولو امتنع صاحبه ليس له ذلك الا من عذر وعقد المعاملة لازم ليس لواحد منهما أن يمتنع الا من عذر والفرق بين هذه الجملة ان صاحب البذر لا يمكنه المضى في العقد الا باتلاف ملكه وهو البذر لان البذر يهلك في التراب فلا يكون الشرع فيه ملزماً في حقه اذا انسا ان لا يجبر على اتلاف ملكه ولا كذلك من ليس البذر من قبله والمعاملات لانه ليس في لزوم المعنى ايهم اتلاف ملكهم فكان الشروع في حقهم ملزماً ولا ينفسخ الا من عذر كما في سائر الاجارات وسواء كان المزارع كرب الارض أو لم يكر به لان ما ذكرنا من المعنى لا يوجب الفصل بينهما ولا شيء للعامل في عمل الكراب على ما ذكره في حكم المزارعة المنفسخة ان شاء الله تعالى ومنها ولا يجبر المزارع على الكراب وعدمها وهذا على وجهين اما ان شرط الكراب في العقد واما ان سكتا عن شرطه فان شرطاً يجبر عليه لانه شرط صحيح فيجب الوفاء به وان سكتا عنه ينظر ان كانت الارض مما يخرج الزرع بدون الكراب زرعاً معتاداً يقصد مثله في عرف الناس لا يجبر المزارع عليه وان كانت مما لا يخرج أصلاً أو يخرج ولكن شيئاً قليلاً لا يقصد مثله بالعمل يجبر على الكراب لان مطلق عقد المزارعة يقع على الزراعة المعتادة وعلى هذا اذا امتنع المزارع عن السقي وقال ادعها حتى تسقيها السماء فهو على قياس هذا التفصيل انه ان كان الزرع مما يكتفى بماء السماء ويخرج زرعاً معتاداً بدونه لا يجبر على السقي وان كان مع السقي أجود فان كان مما لا يكتفى به يجبر على السقي لما قلنا (ومنها) جواز الزيادة على الشرط المذكور من الخراج والخط جاز في الحالين جميعاً كما في الزيادة في الثمن في باب البيع اذا عرف هذا فنقول الزيادة والخط في المزارعة على وجهين اما ان يكون من المزارع واما ان يكون من صاحب الارض ولا يخلو اما ان يكون البذر من قبل المزارع واما ان يكون من صاحب الارض بعدما استحصد الزرع أو قبل أن يستحصد فان كان من بعدما استحصد والبذر من قبل العامل وكانت المزارعة على النصف مثلاً فزاد المزارع صاحب الارض السدس في حصته وجعل له الثلثين ورضى به صاحب الارض لا يجوز الزيادة والخارج بينهما على الشرط نصفان وان زاد صاحب الارض المزارع السدس في حصته وتراضيا فالزيادة جائزة لان الاول زيادة على الاجرة بعد انتهاء عمل المزارعة باستيفاء المعقود عليه وهو المنفعة وانه لا يجوز ألا ترى انها لو أنشأ العقد بعد الحصاد لا يجوز فكذلك الزيادة والثاني حط من الاجرة وانه لا يستدعي قيام المعقود عليه كما في باب البيع هذا اذا كان البذر من قبل العامل فان كان من قبل صاحب الارض فزاد صاحب الارض لا يجوز وان زاد المزارع جاز لما قلنا هذا اذا زاد أحدهما بعدما استحصد الزرع فان زاد قبل أن يستحصد جاز أيهما كان لان الوقت يحتمل انشاء العقد فيحتمل الزيادة أيضاً بخلاف الفصل الاول

﴿فصل﴾ وأما حكم المزارعة الفاسدة فأشأنواع (منها) انه لا يجب على المزارع شيء من أعمال المزارعة لان

وجوبه بالعقد ولم يصح (ومنها) ان الخارج يكون كله لصاحب البذر سواء كان رب الارض أو المزارع لان استحقاق صاحب البذر الخارج لكونه نماء ملكه لا بالشرط لوقوع الاستغناء بالملك عن الشرط واستحقاق الاجر الخارج بالشرط وهو العقد فاذا لم يصح الشرط استحققه صاحب الملك ولا يلزمه التصديق بشئ لانه نماء ملكه (ومنها) ان البذر اذا كان من قبل صاحب الارض كان للعامل عليه أجر المثل لان البذر اذا كان من قبل صاحب الارض كان هو مستأجر للعامل فاذا فسدت الاجارة وجب أجر مثل عمله واذا كان البذر من قبل العامل كان عليه لرب الارض أجر مثل أرضه لان البذر اذا كان من قبل العامل يكون هو مستأجر للارض فاذا فسدت الاجارة يجب عليه أجر مثل أرضه (ومنها) ان البذر اذا كان من قبل صاحب الارض واستحق الخارج وغرم للعامل أجر مثل عمله فالخارج كله طيب لانه حاصل من ملكه وهو البذر في ملكه وهو الارض واذا كان من قبل العامل واستحق الخارج وغرم لصاحب الارض أجر مثل أرضه فالخارج كله لا يطيب له بل يأخذ من الزرع قدر بذره وقدر أجر مثل الارض ويطيب ذلك لانه سلم له بعوض ويتصدق بالفضل على ذلك لانه وان تولد من بذره لكن في أرض غيره بعقد فاسد فتمكنت فيه شبهة الخبيث فكان سبيله التصديق (ومنها) ان أجر المثل لا يجب في المزارعة الفاسدة ما لم يوجد استعمال الارض لان المزارعة عقد اجارة والاجارة في الاجارة الفاسدة لا تجب بالبحقيقة الاستعمال ولا تجب بالتخلية لانعدام التخلية فيها حقيقة اذ هي عبارة عن رفع الموانع والتمكن من الانتفاع حقيقة وشرا ولم يوجد بخلاف الاجارة الصحيحة على ما عرف في الاجازات (ومنها) ان أجر المثل يجب في المزارعة الفاسدة وان لم يخرج الارض شيئاً بعد ان استعمالها المزارع وفي المزارعة الصحيحة اذ لم يخرج شيئاً لا يجب شيء لو احدهما وقد مر الفرق فيما تقدم (ومنها) ان أجر المثل في المزارعة الفاسدة يجب بمقدار المسمى عند أبي يوسف وعند محمد يجب تاما وهذا اذا كانت الاجارة وهو حصص كل واحد منهما ماسة في العقد فان لم يكن يجب أجر المثل تاما بالاجماع (وجه) قول محمد رحمه الله ان الاصل في الاجارة وجوب أجر المثل لانها عقد معاوضة وهو تملك المنفعة بعوض ومبنى المعاوضات على المساواة بين البدلين وذلك في وجوب أجر المثل لانه المثل الممكن في الباب اذ هو قدر قيمة المنافع المستوفاة الا ان فيه ضرب جهالة وجهالة المعقود عليه تمنع صحة العقد فلا بد من تسمية البديل تصحيحا للعقد فوجب المسمى على قدر قيمة المنافع أيضا فاذا لم يصح العقد لقوات شرط من شرائطه وجب المصير الى البديل الاصل للمنافع وهو أجر المثل ولهذا اذا لم يسم البديل أصلا في العقد وجب أجر المثل بالغاما بلغ (وجه) قول أبي يوسف ان الاصل ما قاله محمد وهو وجوب أجر المثل بدلا عن المنافع قيمة لها لانه هو المثل بالقدر الممكن لكن مقدار المسمى لانه كما يجب اعتبار المماثلة في البديل في عقد المعاوضة بالقدر الممكن يجب اعتبار التسمية بالقدر الممكن لان اعتبار تصرف العاقل واجب ما أمكن وأمكن ذلك بتقدير أجر المثل بالمسمى لان المستأجر ما رضى بالزيادة على المسمى والا أجر ما رضى بالنقصان عنه فكان اعتبار المسمى في تقدير أجر المثل به عملا بالدليلين ورعاية للجانبين بالقدر الممكن فكان أولى بخلاف ما اذا لم يكن البديل مسمى في العقد لان البديل اذا لم يكن مسمى أصلا لا حاجة الى اعتبار التسمية فوجب اعتبار أجر المثل فهو الفرق

**فصل** وأما المعاني التي هي عذر في فسخ المزارعة فأنواع بعضها يرجع الى صاحب الارض وبعضها يرجع الى المزارع (أما) الاول الذي يرجع الى صاحب الارض فهو الدين القادح الذي لا قضاء له الا من ثمن هذه الارض تباع في الدين ويفسخ العقد بهذا العذر اذا أمكن الفسخ بان كان قبل الزراعة أو بعدها اذا ادرك الزرع وبلغ مبلغ الحصاد لانه لا يمكنه المضى في العقد الا بضر يلحقه فلا يلزمه تحمل الضرر فيبيع القاضى الارض بدينه أولا ثم يفسخ المزارعة ولا تنفسخ بنفس العذر وان لم يمكن الفسخ بان كان الزرع لم يدرك ولم يبلغ مبلغ الحصاد لا يباع في الدين ولا يفسخ الى أن يدرك الزرع لان في البيع ابطال حق العامل وفي الانتظار الى وقت الادراك تأخير حق صاحب الدين

وفيه رعاية الجانيين فكان أولى و يطلق من الحبس ان كان محبوسا الى غاية الادراك لان الحبس جزاء الظلم وهو المثل وانه غير مما طل قبل الادراك لكونه ممنوعا عن بيع الارض شرعا والممنوع معذور فاذا أدرك الزرع برد الى الحبس ثانيا لبيع أرضه ويؤدي دينه بنفسه والافيع القاضى عليه (وأما) الثاني الذي يرجع الى المزارع فنحو المرض لانه معجز عن العمل والسفر لانه يحتاج اليه وترك حرفة الى حرفة لان من الحرف ما لا ينفى من جوع فيحتاج الى الانتقال الى غيره وما منع يمنعه من العمل على ما عرف في كتاب الاجارة

**فصل** (وأما الذي ينفسخ به عقد المزارعة بعد وجوده فأشأنه) الفسخ وهو نوعان صريح ودلالة فالصرح أن يكون بلفظ الفسخ والاقالة لان المزارعة مشتملة على الاجارة والشركة وكل واحد منهما قابل لصرح الفسخ والاقالة وأما الدلالة فتوابع الاول امتناع صاحب البذر عن المضى في العقد بان قال لأريد مزارعة الارض ينفسخ العقد لما ذكرنا ان العقد غير لازم في حقه فكان بسبيل من الامتناع عن المضى فيه من غير عذر ويكون ذلك فسخا منه دلالة والثاني حجر المولى على العبد المأذون بعد ما دفع الارض والبذر مزارعة وبيان ذلك ان العبد المأذون اذا دفع الارض والبذر مزارعة فحجره المولى قبل المزارعة ينفسخ العقد حتى يملك منع المزارع عن المزارعة لان العقد لم يقع لازما من جهة العبد لانه صاحب بذر فيملك المولى منعه عن الزراعة بالحجر كما كان يملك العبد منعه قبل الحجر ولو كان البذر من جهة المزارع لا ينفسخ العقد حتى لا يملك المولى ولا العبد منع المزارع عن المزارعة لان العقد لازم من قبل صاحب البذر ولهذا لا يملك العبد منعه عن الزراعة قبل الحجر فلا يملك المولى منعه بالحجر أيضا هذا اذا دفع الارض مزارعة فاما اذا أخذها مزارعة فان كان البذر من قبله انفسخ العقد لانه اذا حجر عليه فقد عجز عن العمل وانه يوجب انفساخ العقد لقوات المعقود عليه وان كان البذر والارض من قبل صاحب البذر لا ينفسخ العقد بالحجر لانه بالحجر لم يعجز عن العمل الا أن للمولى منعه عن العمل لما فيه من اتلاف مملكته وهو البذر فله أن يفسخ ما لا ينفسخ بالحجر هذا اذا حجر على العبد المأذون فاما اذا لم يحجر عليه ولكن نهاه عن الزراعة أو فسخ العقد بعد الزراعة أو نهى قبل ذلك الا أنه لم يحجر عليه فالنهي باطل وكذلك نهى الاب الصبي المأذون قبل عقد المزارعة أو بعده لا يصح لان النهي عن الزراعة والفسخ بعدهما من باب تخصيص الاذن بالتجارة والاذن بالتجارة مما لا يحتمل التخصيص (ومنها) انقضاء مدة المزارعة لانها اذا انقضت فقد انتهت العقد وهو معنى الانفساخ (ومنها) موت صاحب الارض سواء مات قبل الزراعة أو بعدها وسواء أدرك الزرع أو هو بقل لان العقد أفاد الحكم له دون وارثه لانه اقد لنفسه والاصل أن من عقد لنفسه بطريق الاصل فحكم تصرفه لا لغيره الا ضرورة (ومنها) موت المزارع سواء مات قبل الزراعة أو بعدها بلغ الزرع حدا الحصاد أو لم يبلغ لما ذكرنا

**فصل** (وأما بيان حكم المزارعة المنفسخة فنقول والله التوفيق لا يخول من وجهين اما ان انفسخت قبل الزراعة أو بعدها فان انفسخت قبل الزراعة فلا شيء للعامل وان كرب الارض وحفر الانهار وسوى المسنجات بأى طريق انفسخ سواء انفسخ بصرح الفسخ أو بدليله أو بانقضاء المدة أو بموت أحد المتعاقدين لان الفسخ يظهر أثره في المستقبل بانتهاء حكمه لافي الماضي فلا يتبين أن العقد لم يكن صحيحا والواجب في العقد الصحيح المسمى وهو بعض الخراج ولم يوجد فلا شيء وقيل هذا جواب الحكم فأما فيما بينه وبين الله تعالى عليه أن يرضى العامل فيما اذا امتنع عن المضى في العقد قبل الزراعة ولا يحل له الامتناع شرعا فانه يشبه التعزير وانه حرام وان انفسخت بعد الزراعة فان كان الزرع قد أدرك وبلغ الحصاد فالحصاد والخراج بينهما على الشرط وان كان لم يدرك فكذا الجواب في صريح الفسخ ودليله وانقضاء المدة لان الزرع بينهما على الشرط والعمل فيما بقي الى وقت الحصاد عليهما وعلى المزارع أجر مثل نصف الارض لصاحب الارض (أما) الزرع بينهما على الشرط فلما مر ان انفساخ العقد يظهر أثره في المستقبل لافي الماضي فبقى الزرع بينهما على ما كان قبل الانفساخ (وأما) العمل فيما بقي الى وقت الحصاد

عليهما لانه عمل في مال مشترك لم يشترط العمل فيه على أحدهما فيكون عليهما وعلى المزارع أجر مثل نصف الأرض لصاحب الأرض لان العقد قد انفسخ وفي القلع ضرر بالمزارع وفي الترك بغير أجر ضرر بصاحب الأرض فكان الترك بأجر المثل نظرا من الجانبين بخلاف ما اذا مات صاحب الأرض والمزارع بقل ان العمل يكون على المزارع خاصة لان هناك انفسخ العقد حقيقة لوجود سبب النسخ وهو الموت الا انا بقيناه تقديرا دفعا للضرر عن المزارع لانه لو انفسخ لثبت لصاحب الأرض حق القلع وفيه ضرر بالمزارع فجعل هذا عذرا في بقاء العقد تقديرا فاذا بقي العقد كان العمل على المزارع خاصة كما كان قبل الموت وهذا لا يتضح فان اتفق أحد هما من غير اذن صاحبه ومن غير أمر القاضي فهو متطوع ولو أراد صاحب الأرض أن يأخذ الزرع بطلا لم يكن له ذلك لان فيه ضررا بالمزارع ولو أراد المزارع أن يأخذه بطلا فصاحب الأرض بين خيارات ثلاث ان شاء قلع الزرع فيكون بينهما وان شاء أعطى المزارع قيمة نصيبه من الزرع وان شاء اتفق هو على الزرع من ماله ثم يرجع على المزارع بحصته لان فيه رعاية الجانبين (وأما) في موت أحد المتعاقدين أما اذا مات رب الأرض بعد ما دفع الأرض مزراعة ثلاث سنين ونبت الزرع وصار بطلا تترك الأرض في يد المزارع الى وقت الحصاد ويقسم على الشرط المذكور لان في الترك الى وقت الحصاد نظرا من الجانبين وفي القلع اضرارا بأحدهما وهو المزارع ويكون العمل على المزارع خاصة لبقاء العقد تقديرا في هذه السنة في هذا الزرع وان مات المزارع والزرع بقل فقال ورثته نحن نعمل على شرط المزراعة وأبى ذلك صاحب الأرض فلا امر الى ورثة المزارع لان في القلع ضررا بالورثة ولا ضرر بصاحب الأرض في الترك الى وقت الادراك واذا ترك لا أجر للورثة فيما يعملون لانهم يعملون على حكم عقد أبيهم تقديرا فكأنه يعمل أبوهم وان أراد الورثة قلع الزرع لم يجبروا على العمل لان العقد ينفسخ حقيقة الا انا بقينا به باختيارهم نظرا لهم فان امتنعوا عن العمل بقي الزرع مشتركافا ما أن يقسم بينهم بالحصص أو يعطيهم صاحب الأرض قدر حصصهم من الزرع البقل أو ينفق من مال نفسه الى وقت الحصاد ثم يرجع عليهم بحصصهم لان فيه رعاية الجانبين والله تعالى أعلم

### ﴿ كتاب المعاملة ﴾

وقد يسمى كتاب المساقاة والكلام في هذا الكتاب في المواضع التي ذكرناها في المزارعة أما معنى المعاملة لغة فهو مفاعلة من العمل وفي عرف الشرع عبارة عن العقد على العمل ببعض الخارج مع سائر شرائط الجواز وأما شرعيتها فقد اختلف العلماء فيها قال أبو حنيفة عليه الرحمة انها غير مشروعة وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله والشافعي رحمه الله مشروعة واحتجوا بحديث خبيرانه عليه الصلاة والسلام دفع نخيلهم معاملة ولا بي حنيفة رحمه الله أن هذا استئجار ببعض الخارج وانه منهي عنه على ما ذكرنا في كتاب المزارعة وقد مر الجواب عن الاستدلال بحديث خبير فلا تعيده (وأما) ركنها فهو الايجاب والقبول على نحو ما ذكرنا فيما تقدم من غير تفاوت وأما الشرائط المصححة لها على قول من يميزها فاذكرنا في كتاب المزارعة (منها) أن يكون العاقدان عاقلين فلا يجوز عقد من لا يعقل فأما البلوغ فليس بشرط وكذا الحرية على نحو ما مر في كتاب المزارعة (ومنها) أن لا يكونا مرتدين في قول أبي حنيفة على قياس قول من أجاز المعاملة حتى لو كان أحدهما مرتدا وقت المعاملة ثم ان كان المرتد هو الدافع فان أسلم فالخارج بينهما على الشرط وان قتل أو مات أو لحق فالخارج كله للدافع لانه نساء ملكه وللاخر أجر المثل اذا عمل وعندهما الخارج بين العامل المسلم وبين ورثة الدافع على الشرط في الحالين كما اذا كانا مسلمين وان كان المرتد هو العامل فان أسلم فالخارج بينهما على الشرط وان قتل أو مات على الردة أو لحق فالخارج بين الدافع المسلم وبين ورثة العامل المرتد على الشرط بالاجماع لما مر في المزارعة هذا اذا كانت المعاملة بين مسلم ومرتد فأما اذا كانت بين مسلمين ثم ارتدا أو ارتد أحدهما فالخارج على الشرط لما مر في كتاب المزارعة ويجوز معاملة المرتد دفعا واحدا

بالاجماع (ومنها) أن يكون المدفوع من الشجر الذي فيه ثمرة معاملة فيما يزيد ثمره بالعمل فان كان المدفوع نخلا فيه طلع أو بسر قد احمر أو اخضر إلا أنه لم يتناه عظمه جازت المعاملة وان كان قد تنهى عظمه إلا أنه لم يربط بالمعاملة فاسدة لانه اذا تنهى عظمه لا يؤثر فيه العمل بالزيادة عادة فلم يوجد العمل المشروط عليه فلا يستحق الخارج بل يكون كله لصاحب النخل (ومنها) أن يكون الخارج لهما فلو شرط أن يكون لاحدهما فسدت لماعلم (ومنها) أن تكون حصة كل واحد منهما من بعض الخارج مشاعا معلوم القدر لماعلم (ومنها) أن يكون محل العمل وهو الشجر معلوما وبيان هذه الجملة في كتاب المزارعة (ومنها) التسليم الى العامل وهو التخلية حتى لو شرط العمل عليهما فسدت لانعدام التخلية فأما بيان المدة فليس بشرط لجواز المعاملة استحسانا ويقع على أول ثمرة تنخرج في أول السنة بخلاف المزارعة والقياس أن يكون شرطا لان ترك البيان يؤدي الى الجهالة كما في المزارعة لانه ترك القياس لتعامل الناس ذلك من غير بيان المدة ولم يوجد ذلك في المزارعة حتى انه لو وجد التعامل به في موضع يجوز من غير بيان المدة وبه كان يفتى محمد بن مسلمة على ما مر في المزارعة ولو دفع أرضا ليزرع فيها الرطاب أو دفع أرضا فيها أصول رطبة ثابتة ولم يسم المدة فان كان شيئا ليس لا ابتداء نباته ولا لا انتهاء جذه وقت معلوم فالمعاملة فاسدة وان كان وقت جذه معلوما يجوز ويقع على الجذة الاولى كما في الشجرة المثمرة

**فصل** وأما الشرائط المفسدة للمعاملة فأنواع دخل بعضها في الشرائط المصححة للمعاملة لان ما كان وجوده شرطا للصحة كان انعدامه شرطا للافساد (منها) شرط كون الخارج كله لاحدهما (ومنها) شرط أن يكون لاحدهما قفزان مساة (ومنها) شرط العمل على صاحب الارض (ومنها) شرط الحمل والحفظ بعد القسمة على العامل لما ذكرنا في كتاب المزارعة (ومنها) شرط الجذاذ والقطاف على العامل بخلاف لانه ليس من المعاملة في شيء ولا انعدام التعامل به أيضا فكان من باب مؤنة الملك والملك مشترك بينهما فكانت مؤنته عليهما على قدر ما كيهما (ومنها) شرط عمل تبقى منفعة بعد انقضاء مدة المعاملة نحو السرقية ونصب العرايش وغرس الاشجار وتقليم الارض وما أشبه ذلك لانه لا يقتضيه العقد ولا هو من ضرورات العقود عليه ومقاصده (ومنها) شركة العامل فيما يعمل فيه لان العامل أجير رب الارض واستئجار الانسان للعمل في شيء هو فيه شريك المستأجر لا يجوز حتى ان النخل لو كان بين رجلين فدفعه أحدهما الى صاحبه معاملة مدة معلومة على أن الخارج بينهما أثلاث ثلثه للشريك العامل وثلثه للشريك الساكت فالمعاملة فاسدة والخارج بينهما على قدر الملك ولا أجر للعامل على شريكه لما مر أن في المعاملة معنى الاجارة ولا يجوز الاستئجار لعمل فيه الا جبر شريك المستأجر واذ عمل لا يستحق الاجر على شريكه لما عرف في الاجارات ولا يشبه هذا المزارعة لان الارض اذا كانت مشتركة بين اثنين دفعها أحدهما الى صاحبه مزارعة على أن يزرعها ببذره وله ثلثا الخارج انه تجوز المزارعة لان هناك لم يتحقق الاستئجار للعمل في شيء الا جبر فيه شريك المستأجر لانعدام الشركة في البذر وهنا تحقق لبثوت الشركة في النخل فهو الفرق ولا يتصدق واحد منهما بشيء من الخارج لانه خالص ماله لكونه نماء ملكه ولو شرط أن يكون الخارج لهما على قدر ملكيهما جازت المعاملة لان استحقاق كل واحد منهما أعنى من الشريكين لكونه نماء ملكه لا بالعمل بل العامل منهما معين لصاحبه في العمل من غير عوض فلم يتحقق الاستئجار ولو أمر الشريك الساكت الشريك العامل أن يشتري ما يلحق به النخل فاشتراه رجوع عليه بنصف ثمنه لانه اشتري مالا متقوما على الشركة بامره فيرجع عليه وسواء كان العامل في عقد المعاملة واحدا أو أكثر حتى لو دفع رجل نخله الى رجلين معاملة بالنصف أو بالثلث جاز وسواء سوى بينهما في الاستحقاق أو جعل لاحدهما فضلا لان كل واحد منهما أجير صاحب الارض فكان استحقاق كل واحد منهما بالشرط فيقتدر بقدر الشرط ولو شرط لاحد العاملين مائة درهم على رب الارض والاخر ثلثا الخارج ولرب الارض الثلثان جاز لان الواجب لكل واحد منهما أجره مشروطة فيجب على حسب ما يقتضيه الشرط ولو



شرط لصاحب النخل الثلث ولا أحد العاملين الثلثين وللا آخر أجر مائة درهم على العامل الذي شرط له الثلثان فهو فاسد ولا يشبه هذا المزارعة أن من دفع الأرض مزارعة على أن لرب الأرض الثلث وللزارع الثلثان على أن يعمل فلان معه بثلث الخارج أن المزارعة جائزة بين رب الأرض والمزارع فاسدة في حق الثالث لأن المعاملة استعجار العامل والاجرة تجب على المستأجر دون الاجير بمقالة العمل والعمل للمستأجر فكانت الاجرة عليه فاذا اشترطها على الاجير فقد استأجره ليعمل له على أن تكون الاجرة على غيره ولا سبيل اليه ففسد العقد وهذا هو الموجب للفساد في حق الثالث في باب المزارعة لا انه صح فيما بين صاحب الأرض والمزارع لانه جعل بمنزلة عقدين ففسداً أحدهما لا يوجب فساد الآخر وهذا مع هذا التكلف غير واضح ويتضح ان شاء الله تعالى

**فصل** وأما حكم المعاملة الصحيحة عند مجزها فتأني (منها) ان كل ما كان من عمل المعاملة مما يحتاج اليه الشجر والكرم والرطاب وأصول الباذنجان من السقي واصلاح النهر والحفظ والتلقيح للنخل فعلى العامل لأنها من توابع العقود عليه فيتناولها العقد وكما كان من باب النفقة على الشجر والكرم والأرض من السرقة وتقليب الأرض التي فيها الكرم والشجر والرطاب ونصب العرايش ونحو ذلك فعليهما على قدر حقيقتيهما لأن العقد يتناولها لا مقصودا ولا ضرورة وكذلك الجذاذ والقطاف لأن ذلك يكون بعد انتهاء العمل فلا يكون من حكم عقد المعاملة (ومنها) أن يكون الخارج بينهما على الشرط لما مر (ومنها) أنه اذا لم يخرج الشجر شيئا فلا شيء لواحد منهما بخلاف المزارعة الفاسدة لما مر من الفرق في كتاب المزارعة (ومنها) ان هذا العقد لا يزم من الجانبين حتى لا يملك أحدهما الامتناع والفسخ من غير رضا صاحبه الا من عذر بخلاف المزارعة فاتمها غير لازمة في جانب صاحب البذر وقدر الفرق (ومنها) ولا يوجب جبر العامل على العمل الا من عذر على ما قدمناه (ومنها) جواز الزيادة على الشرط والخط عنه وانعدام الجواز والاصل فيه ما مر في كتاب المزارعة ان كل موضع احتمل انشاء العقد احتمل الزيادة والا فلا والخط جائز في الموضعين أصله بالزيادة في الثمن والمثلن فاذا دفع تخلفا بالنصف معاملة فخرج الثمران لم يتناه عظمه جازت الزيادة منهما أيهما كان لأن الانشاء للعقد في هذه الحالة جائز فكانت الزيادة جائزة ولو تناهى عظم البسر جازت الزيادة من العامل لرب الأرض شيئا ولا تجوز الزيادة من رب الأرض للعامل شيئا لأن هذه الزيادة في الاجرة لأن العامل أجير والحل لا يحتمل الزيادة ألا ترى انه لا يحتمل الانشاء والاول حط من الاجرة واحتمال الانشاء ليس بشرط لصحة الخط (ومنها) ان العامل لا يملك أن يدفع الى غيره معاملة الا اذا قال لرب الأرض اعمل فيه برأيك لأن الدفع الى غيره اثبات الشركة في مال غيره بغير اذنه فلا يصح واذا قال له اعمل فيه برأيك فقد أذن له فصيح ولو لم يقل له اعمل برأيك فيه فدفع العامل الى رجل آخر معاملة فعمل فيه فأخرج فهو لصاحب النخل ولا أجر للعامل الاول ولأن استحقاقه بالشرط وهو شرط العمل ولم يوجد منه العمل بنفسه ولا بغيره أيضا لأن عقده معه لم يصح فلم يكن عمله مضافا اليه وله على العامل الاول أجر مثل عمله يوم عمل لانه عمل له بأمره فاستحق أجر المثل ولو هلك الثمر في يد العامل الاخير من غير عمله وهو في رأس النخل فلا ضمان على واحد منهما لانعدام الغصب من واحد منهما وهو تقويت يد المالك ولو هلك من عمله في أمر خالف فيه أمر العامل الاول فالضمان لصاحب النخل على العامل الاخير دون الاول لأن الخلاف قطع نسبة عمله اليه فبقي متلفا على المالك ماله فكان الضمان عليه ولو هلك في يده من عمله في أمر لم يخالف فيه أمر العامل الاول فلصاحب النخل أن يضمن أيهما شاء لانه اذا لم يوجد منه بخلاف بقي عمله مضافا اليه كأنه عمل لنفسه فكان له أن يضمنه وله أن يضمن الثاني لانه في معنى غاصب الناصب فان اختار تضمين الاول لم يرجع على الآخر بشيء لانه عمل بأمر الاول فلورجع عليه لرجوعه عليه أيضا فلا فييدوان اختار تضمين الآخر يرجع على الاول لانه غره في هذا العقد فيرجع عليه بضمان الغرور وهو ضمان السلامة هذا اذا لم يقل له اعمل فيه برأيك فاما اذا قال وشرط النصف فدفعه الى رجل آخر بثلث

الخارج فهو جائز لما ذكرنا وما خرج من الثمر فنصفه لرب النخل والسدس للعامل الاول لان شرط الثلث يرجع الى نصيبه خاصة لان العمل واجب عليه فبقي له السدس ضرورة وذكر محمد رحمه الله في الاصل انه اذا لم يقل اعمل فيه برأيك وشرط له شيئا معلوما وشرط الاول للثاني مثل ذلك فهما فاسدان ولا ضمان على العامل الاول

﴿فصل﴾ وأما حكم المعاملة الفاسدة فانواع ذكرناها في المزارعة منها أنه لا يجبر العامل على العمل لان الجبر على العمل بحكم العقد ولم يصح ومنها أن الخارج كله لصاحب الارض لان استحقاق الخارج لكونه نماء ملكه واستحقاق العامل بالشرط ولم يصح فيكون لصاحب الملك ولا يتصدق بشئ منه لانه حصل عن خالص ملكه ومنها أن أجر المثل لا يجب في المعاملة الفاسدة ما لم يوجد العمل لما ذكرنا في المزارعة ومنها أن وجوب أجر المثل فيها لا يقف على الخارج بل يجب وان لم يخرج الشجر شيئا بخلاف المعاملة الصحيحة وقد ذكرنا الفرق في كتاب المزارعة ومنها أن أجر المثل فيها يجب مقدرا بالمسمى لا يتجاوز عنه عند أبي يوسف وعند محمد يجب تاما وهذا الاختلاف فيما اذا كانت حصة كل واحد منهما مسماة في العقد فان لم تكن مسماة في العقد يجب أجر المثل تاما بلا خلاف وقد مرّت المسئلة في كتاب المزارعة

﴿فصل﴾ وأما المعاني التي هي عذر في فسخاها ذكرنا في كتاب المزارعة ومن الاذعان التي في جانب العامل ان يكون سارقا معروفا بالسرقة فيخاف الثمر والسعف

﴿فصل﴾ وأما الذي ينفسخ به عقد المعاملة فانواع منها صريح الفسخ ومنها الاقالة ومنها انقضاء المدة ومنها موت المتعاقدين وقد مر في كتاب المزارعة

﴿فصل﴾ وأما حكم المعاملة المنفسخة فعلى نحو حكم المزارعة المنفسخة والله تعالى أعلم

### كتاب الشرب

الكلام في هذا الكتاب في مواضع في بيان معنى الشرب لغة وشرعا وفي بيان أنواع المياه وفي بيان حكم كل نوع منها أما الاول فالشرب في اللغة عبارة عن الحظ والنصيب من الماء قال الله تعالى عز شأنه قال هذه ناقة لها شرب ولكم شرب يوم معلوم وفي الآية الكريمة دلالة على جواز قسمة الشرب بالايام لان الله سبحانه وتعالى عز اسمه أخبر عن نبيه سيدنا صالح عليه الصلاة والسلام قبل ذلك ولم يقبه بالفسخ فصارت شريعة لنا مبتدأة وبها استدل محمد رحمه الله في كتاب الشرب لجواز قسمة الشرب بالايام وفي عرف الشرع عبارة عن حق الشرب والسقي وأما بيان أنواع المياه فتقول المياه أربعة أنواع الاول الماء الذي يكون في الاواني والظروف والثاني الماء الذي يكون في الآبار والحياض والعيون والثالث ماء الانهار الصغار التي تكون لاقوام مخصوصين والرابع ماء الانهار العظام كجيحون وسيحون ودجلة والفرات ونحوها أما بيان حكم كل نوع منها على القسمة أما الاول فهو مملوك لصاحبه لا حق لاحد فيه لان الماء وان كان مباحا في الاصل لكن المباح ملك بالاستيلاء اذا لم يكن مملوكا لغيره كما اذا استولى على الحطب والحشيش والصيد فيجوز بيعه كما يجوز بيع هذه الاشياء وكذا السقاؤون يبيعون المياه المحروزة في الظروف به جرت العادة في الامصار وفي سائر الاغصان من غير تكبير فلم يحل لاحد أن يأخذ منه فيشرب من غير إذنه ولو خاف الهلاك على نفسه من العطش فسأله فتمعه فان لم يكن عنده فضل فليس له أن يقاتله أصلا لان هذا دفع الهلاك عن نفسه باهلاك غيره لا بقصد اهلاكه وهذا لا يجوز وان كان عنده فضل ماء عن حاجته فلم يمنع أن يقاتله ليأخذ منه الفضل لكن بما دون السلاح كما اذا أصابته بنبضة وعند صاحبه فضل طعام فسأله فتمعه وهو لا يجد غيره وأما الثاني الماء الذي يكون في الحياض والآبار والعيون فليس بمملوك لصاحبه بل هو مباح في نفسه سواء كان في أرض مباحة أو مملوكا لكن له حق خاص فيه لان الماء في الاصل خلق مباحا لقول النبي عليه

الصلاة والسلام الناس شركاء في ثلاث الماء والكلا والنار والشركة العامة تقتضي الاباحة الا أنه اذا جعل في اناه وأحرزه به فقد استولى عليه وهو غير مملوك لاحد فيصير مملوكا للمستولى كما في سائر المباحات الغير المملوكة واذا لم يوجد ذلك بقي على أصل الاباحة الثابتة بالشرع فلا يجوز بيعه لان محل البيع هو المال المملوك وليس له أن يمنع الناس من الشفة وهو الشرب بانفسهم وسقى دوابهم منه لانه مباح لهم وقد روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن منع نبع البئر وهو فضل ماؤها الذي يخرج منها فلهم ان يستقوا منها لشعاعهم ودوابهم فاما لزروعهم وأشجارهم فله ان يمنع ذلك لما في الاطلاق من ابطال حقه أصلا الا اذا كان ذلك في أرض مملوكة فلصاحبها أن يمنعهم عن الدخول في أرضه اذا لم يضطروا اليه بان وجدوا غيره لان الدخول اضرار به من غير ضرورة فله ان يدفع الضرر عن نفسه وان لم يجدوا غيره واضطروا وخافوا الهلاك يقال له اما ان تأذن بالدخول واما ان تعطى بنفسك فان لم يعطهم ومنعهم من الدخول لم ان يقاتلوه بالسلاح ليأخذوا قدر ما يدفع به الهلاك عنهم والا صل فيه ما روى أن قوما وردوا ماء فساءلوا أهله أن يدلوهم على البئر فأبوا وسألوهم أن يعطوهم دلوا فأبوا فقالوا لهم أن أعناقنا وأعناق مطائنا كادت تقطع فأبوا فذلك لسيدنا عمر رضي الله عنه فقال هلا وضعتهم فيهم السلاح بخلاف الماء المحرز في الاواني والطعام حالة المحضصة لان الماء هناك مملوك لصاحبه وكذا الطعام فلا بد من مراعاة حرمة الملك لحرمة القتال بالسلاح ولا ملك هناك بل هو على الاباحة الاصلية على ما بينا فاذا منعه أحد ما له حق أخذه قاتله بالسلاح كما اذا منعه ماله المملوك وأما الثالث الماء الذي يكون في الانهار التي تكون لا قوام مخصوصين فيتعلق به أحكام بعضها يرجع الى نفس الماء وبعضها يرجع الى الشرب وبعضها يرجع الى النهر أما الذي يرجع الى نفس الماء فهو انه غير مملوك لاحد لما ذكرنا أن الماء خلق مباح الاصل بالنص وانما يأخذ حكم الملك بالا حراز بالا واني فلا يجوز بيعه لعدم الملك ولو قال اسقني يوما من نهر ك على ان أسقيك يوما من نهر كذا لا يجوز لان هذا مبادلة الماء بالماء فيكون بيعا وأجارة الشرب بالشرب وكل ذلك لا يجوز ولا يجوز اجارته لان الاجارة تملك المنفعة لا تملك العين بمنافعها ليست بمملوكة ولو استأجر حوضا أو بئر السقي منه ماء لا يجوز لان هذا استئجار الماء وكذا لو استأجر النهر ليعيد منه السمك لان هذا استئجار السمك وكذا لو استأجر أجرة ليحطب لان هذا استئجار الحطب والاعيان لا تحتل الاجارة وليس لصاحب النهر أن يمنع من الشفة وهو شرب الناس والدواب وله أن يمنع من سقى الزرع والأشجار لان له فيه حقا خاصا وفي اطلاق السقي ابطال حقه لان كل احد يتبادر اليه فيسقى منه زرع وأشجاره فيبطل حقه أصلا ولو أذن بالسقي والنهر خاص له جازلانه أبطل حق نفسه وأما الذي يرجع الى الشرب فهو أنه لا يجوز بيعه منفردا بأن باع شرب يوم أو أكثر لانه عبارة عن حق الشرب والسقي والحقوق لا تحتل الا افراد بالبيع والشراء ولو اشترى به دارا وعبدًا وقبضها لم يرد الدار والعبد لانه مقبوض بحكم عقد فاسد فكان واجب الرد كما في سائر البياعات الفاسدة ولا شيء على البائع بما انتفع به من الشرب ولو باع الارض مع الشرب جاز تبعا للارض ويجوز ان يجعل الشيء تبعا لغيره وان كان لا يجعله مقصودا بنفسه كاطراف الحيوان ولا يدخل الشرب في بيع الارض الا بالتسمية صريحا أو بذكر ما يدل عليه بان يقول بعثا بحقوقها أو بمراقبها أو كل قليل وكثير هو لها داخل فيها وخارج عنها من حقوقها فان لم يذكر شيئا من ذلك لا يدخل لان اسم الارض بصيغته وحروفه لا يدل على الشرب ولا يجوز اجارته مفردا لان الحقوق لا تحتل الاجارة على الافراد كما لا تحتل البيع وكذا الوجه له اجارة في الدار والعبد ونحو ذلك لا يجوز لان الاجرة في باب الاجارة كالتمن في باب البيع وانه لا يصلح تمن في البياعات فلا يصلح اجرة في الاجارات ولو انتفع بالدار والعبد لم يجر مثله لانه استوفى منفعة المعقود عليه عقد فاسد أفيلزمه اجرة المثل كما في سائر الاجارات الفاسدة ولو استأجر الارض مع الشرب جاز تبعا للارض كما في البيع على ما ذكرنا ولو استأجر أرضا ولم يذكر الشرب والمسيل أصلا فليقاس أن لا يكون الشرب والمسيل كما في البيع وفي الاستحسان كانه لا يدخل تحت

اجارة الارض من غير تسمية نصا لوجوده دلالة لان الاجارة تملك المنفعة بعوض ولا يمكن الا تنافع بالارض بدون الشرب فيصير الشرب مذكورا بذكر الارض دلالة بخلاف البيع لان البيع تملك العين والعين تحتل الملك بدونه ولا يجوز هبته والتصدق به لان كل واحد منهما تملك والحقوق المفردة لا تحتل التملك ولا يجوز الصلح عليه بان صلح من دعوى على شرب سواء كان دعوى المال أو الحق من القصاص في النفس ومادونه لان الصلح في معنى البيع الا انه يسقط القصاص ويكون الصلح كانه على العفول اذ كرهنا في كتاب الصلح ولان صورة الصلح أورثت شبهة والقصاص لا يستوفى مع الشبهات وتجب على القاتل والجراح الدية وارش الجناية ولا تصح تسميته في باب النكاح بان تزوج امرأة عليه وعلى الزوج مهر المثل لان النكاح تصرف تملك وأنه لا يحتل التملك واذا لم تصح التسمية يجب العوض الاصل وهو مهر المثل ولا تصح تسميته في الخلع بان اختلعت المرأة من نفسها عليه وعليها رد المأخوذ من المهر لان تسميته في معرض التملك ان لم يصح فهو مال لكونه مرغوبا فيه فن حيث انه لم يحتل التملك لم يصلح بدل الخلع ومن حيث هو مال مرغوب فيه في نفسه لم يبطل ذلك أصلا فيظهر في وجوب رد المأخوذ وهذا أصلي في باب الخلع محفوظ أنه شيء تعذر تسليم البدل المذكور وهو مال مرغوب في نفسه يجب عليها رد المأخوذ من المهر ومورثه لان الارث لا يقف على الملك لا محالة بل ثبت في حق المال كما ثبت في الملك كخيار العيب ونحو ذلك ويوصى به حتى لو أوصى لرجل أن يسقى أرضه مدة معلومة من شربه جازت الوصية وتعتبر من الثلث لان الوصية وان كان تملكها تملك بعد الموت ألا ترى أن الموصى له لا يملك الموصى به في الحال وإنما يملك بعد الموت فاشبه الميراث فاذا احتل الارث احتل الوصية التي هي أخت الميراث واذا مات الموصى له تبطل الوصية حتى لا تصير ميراثا لورثة الموصى له لان الشرب ليس بعين مال بل هو حق مالي وشبه الخدمة ثم الوصية بالخدمة تبطل بموت الموصى له ولا تصير ميراثا فكذلك الوصية بالشرب ولو أوصى أن يتصدق بالشرب على المساكين لم يصح لانه لم يحتل التملك بالتصدق استوى فيه الحال والاضافة الى ما بعد الموت بالوصية ويسقى كل واحد من الشركاء على قدر شربه ولو اختلفا في قدر الشرب ولا يبنه لاحد من الشرب فيكون الشرب بينهم على قدر اراضيهم ولا يعتبر عدد الرؤس بخلاف الجماعة اذا اختلفوا في طريق مشترك بينهم أنه لا تحكم فيه بقعة الدار بل يعتبر فيه عدد الرؤس وإنما كان كذلك لاختلاف المقصود اذا المقصود من الشرب السقي والسقي يختلف باختلاف الاراضي والمقصود من الطريق هو المرور وأنه لا يختلف باختلاف الدور ولو كان الاعلى منهم لا يشرب مالم يسكر النهر عن الاسفل بان كانت أرضه روبة لم يكن له ذلك ولكن يشرب بحصته لان في سكر النهر حتى يشرب الاعلى منع الاسفل من الشرب وهذا لا يجوز الا اذا تراضيا على أن يسكر كل في نوبته فيجوز ولو أراد أحد الشركاء أن ينصب على النهر المشترك رحي أو دالية أو سانية نظرية فان كان لا يضر بالشرب والنهر وكان موضع البناء أرض صاحبه والا فلا لان رقبة النهر وموضع البناء ملك بين الجماعة على الشركة وحق الكل متعلق بالماء ولا سبيل الى التصرف في الملك المشترك والحق المشترك الارضا الشركاء وأما الذي يرجع الى النهر فلا يصل فيه أن النهر الخاص لجماعة لا يملك أحدهم التصرف فيه من غير رضا الباقين سواء أضر بهم التصرف أولا لان رقبة النهر مملوكة لهم وحرمة التصرف في المملوك لا تقف على الاضرار بالمالك حتى لو أراد واحد من الشركاء أن يحفر نهر أصغر آمن النهر المشترك فيسوق الماء الى أرض أحيائها ليس لها منه شرب ليس له ذلك الا برضاهم لان الحفر تصرف في محل مملوك على الشركة من غير رضاهم فيمنع عنه وكذلك لو كان هذا النهر يأخذ الماء من النهر العظيم فأراد واحدا أن يزيد فيها كوة من غير رضا الشركاء ليس له ذلك وان كان ذلك لا يضرهم لان ذلك تصرفهم في النهر باجرا زيادة ماء فيه من غير رضاهم فيمنع عنه ولو أراد أن ينصب عليه رحي فان كان موضع البناء مملوكا والماء يدير الرحي على سببه له ذلك وان كان موضع البناء مشتركا أو تقع الحاجة الى تعريج الماء ثم الاعادة ليس له ذلك لما فيه من الضرر بالشركاء بتأخير

وصول حقهم اليهم بالتعريض كما اذا حفر نهر في أرضه وأراد أن يعرج الماء اليه ثم يعيده الى النهر وكذلك لو أراد  
أحدهم أن ينصب دالية أو سانية فهو على هذا التفصيل وليس لأحدهم أن يضع قنطرة على هذا النهر من غير رضاهم  
لان القنطرة تصرف في حافتي النهر وفي هواه وكل ذلك مشترك ولو كان النهر بين شريكين له خمس كوى من النهر  
الاعظم ولا حد الشر يمكن أرض في أعلى النهر ولا آخر أرض في أسفله فأراد صاحب الاعلى أن يسد شيئا من تلك  
الكوى لما يدخل من الضرر في أرضه ليس له ذلك الا برضا شريكه لانه يتضرر به شريكه فلا يجوز له دفع الضرر  
عن نفسه باضرار غيره وان أراد أن يهايا حتى يسد في حصته ما شاء لم يكن له ذلك الا برضا الشريك لما قلنا وان  
تراضيا على ذلك زمانا ثم بدلا صاحب الاسفل أن ينقض فله ذلك لان المراضاة على ما لا يحتمل التملك تكون  
مهاياة وانها غير لازمة ولو كان النهر بين رجلين له كوى فأضاف رجل أحجب اليها كوة وحفر نهر آمنه الى أرضه  
برضا منهما ومضى على ذلك زمان ثم بدلا الجديهما أن ينقض فله ذلك لان العارية لا تكون لازمة وكذلك لو مات  
لورثتهما أن ينقضوا ذلك لما قلنا ولو كان نهر بين جماعة يأخذ الماء من النهر الاعظم ولكل رجل نهر من هذا النهر  
فمنهم من له كوتان ومنهم من له ثلاث كوى فقال صاحب الاسفل لصاحب الاعلى انكم تأخذون أكثر من نصيبكم  
لان دفعة الماء وكثرته في أول النهر ولا يأتينا الا وهو قليل فأرادوا المهاياة بأبام معلومة فليس لهم ذلك ويترك الماء  
والنهر على خاله لان ملكهم في رقبة النهر لا في نفس الماء ولو أراد واحد منهم أن يوسع كوة نهره لم يكن له ذلك لانه  
يدخل فيها الماء زائدا على حقه فلا يملك ذلك ولو حفر في أسفل النهر جاز ولو زاد في عرضه لا يجوز لان الكوى  
من حقوق النهر فيملكه ملك النهر بخلاف الزيادة في العرض ولو كان نهر يأخذ الماء من النهر الاعظم بين قوم  
نخافوا أن ينبتق فأرادوا أن يحصنوه فامتنع بعضهم عن ذلك فان كان ضررا عما يجبرون على أن يحصنوه بالخصص وان  
لم يكن فيه ضرر عما لا يجبرون عليه لان الانتفاع متعذر عند عموم الضرر فكان الجبر على التحصيل من باب دفع  
الضرر عن الجماعة فجاز واذا لم يكن الضرر عما يمكن الانتفاع بالنهر فكان الجبر بالتحصيل جبرا عليه لزيادة الانتفاع  
بالنهر وهذا لا يجوز ولو كان نهر لرجل ملاصق لأرض رجل فاختلف صاحب الارض والنهر في مسنة فالمسنة  
لصاحب الارض عند أبي حنيفة رحمه الله أن يغرس فيها طينه ولكن ليس له أن يهدمها وعند أبي يوسف ومحمد  
المسنة لصاحب النهر حر بما لنهره وله أن يغرس فيها ويلقى طينه ويحتجز فيها وان لم يكن ملاصقا بل كان بين النهر  
والارض حائل من حائط ونحوه كانت المسنة لصاحب النهر بالاجماع وبعض مشايخنا بنوا هذا الاختلاف على  
ان النهر هل له حریم أم لا بأن حفر رجل نهر في أرض موات باذن الامام عند أبي حنيفة لا حریم له وعندهما حریم  
(ووجهه) البناء عليه انه لما لم يكن للنهر حریم عند أبي حنيفة كان الظاهر شاهد صاحب الارض فكان القول  
قوله ولما كان له حریم عندهما كان الظاهر شاهد صاحب النهر فيكون القول قوله وبعضهم لم يصححو البناء وقالوا  
لا خلاف ان للنهر حریم ما في أرض الموات لان للبئر والعين حریم ما فيها بالاجماع وقد روى عليه الصلاة والسلام  
انه جعل لهما حریم ما لحاجتهما الى الحفر لتعذر الانتفاع بهما بدون الحفر لان حاجة النهر الى الحریم كحاجة البئر والعين  
بل أشد فكان جعل الشرع للبئر والعين حریم ما جعل للنهر من طريق الاولى دل ان البناء على هذا الاصل غير  
صحيح فكان هذا خلافا مبتدأ (وجهه) قولهما انه لما كان للنهر حریم بالاتفاق كان الظاهر شاهد صاحب النهر  
فيجب العمل بالظاهر حتى يقوم الدليل بخلافه ولهذا كان القول قول صاحب البئر والعين عند الاختلاف كذا هذا  
ولا يحرى حنيفة ان المسنة اذا كانت مستوية بالأرض فالظاهر انها ملك صاحب الارض اذ لو كانت حریم للنهر  
لكانت مرتفعة لكونها ملقى طينه فكان الظاهر شاهد لصاحب الارض الا أنه لا يملك هدمها لتعلق حق صاحب  
النهر بها وفي الهدم ابطاله ويجوز أن يمنع الانسان من التصرف في ملكه لتعلق حق الغير كحائط لسان عليه جذوع  
لغيره فأراد هدم الحائط يمنع منه كذا هذا ثم كرى النهر المشترك على أصحاب النهر وليس على أصحاب الشفة في الكرى

شيء لأن هذا من حقوق الملك ولا ملك لأهل الشفة في رقبة النهر بل لهم حق شرب الماء والسقي للدواب فقط  
واختلف في كيفية الكرى عليهم قال أبو حنيفة عليهم أن يكرأ من أعلاه وإذا جاوزوا أرض رجل دفع عنه وكان  
الكرى على من بقى وقال أبو يوسف ومحمد الكرى عليهم جميعاً من أوله إلى آخره بمحصن الشرب والاراضى حتى  
أن النهر لو كان بين عشرة أنفس أراضيهما عليه لأخر كرى فوهة النهر إلى أن يجاوز شرب أولهم بينهم على عشرة أسهم  
على كل واحد منهم العشر فإذا جاوزوا شرب الأول سقط عنه الكرى وكان على الباقيين على تسعة أسهم فإذا جاوزوا  
شرب الثاني سقط عنه الكرى وكان على الباقيين على ثمانية أسهم هكذا وهذا عند أبي حنيفة (وأما) عندهما  
فالكرى بينهم على عشرة أسهم من أعلى النهر إلى أسفله (وجهه) قول أبي حنيفة أن الكرى من حقوق الملك والملك  
في الأعلى مشترك بين الكل من فوهة النهر إلى شرب أولهم فكانت مؤنته على الكل فأما بعده فلا ملك لصاحب  
الأعلى فيه إنما له حق وهو حق تسييل الماء فيه فكانت مؤنته على صاحب الملك لأعلى صاحب الحق ولهذا كانت  
مؤنة الكرى على أصحاب النهر ولا شيء على أهل الشفة لأن الملك لأصحاب النهر ولاهل الشفة حتى الشرب وسقي  
دوابهم وكذا كل من كان له ميل على سطح مملوك لغيره فكانت غرامته على صاحب السطح لا عليه لما قلنا (وأما)  
الأنهار العظام كسيحون ودجلة والفرات ونحوها فلا ملك لأحدها ولا في رقبة النهر وكذا ليس لأحد حق خاص  
فيها ولا في الشرب بل هو حق لعامة المسلمين فلكل أحد أن ينفع بهذه الأنهار بالشفة والسقي وشق النهر منها إلى  
أرضه بأن أحيا أرضاً ميتة بأذن الإمام له أن يشق إليها نهر من هذه الأنهار وليس للإمام ولا لأحد منة إذا لم يضر  
بالنهر وكذلك أن ينصب عليه رعى ودالية وسانية إذا لم يضر بالنهر لأن هذه الأنهار لم تدخل تحت يد أحد فلا يثبت  
الاختصاص بها لأحد فكان الناس فيها كلهم على السواء فكان كل واحد بسبيل من الانتفاع لكن بشرطة عدم  
الضرر بالنهر كالاتفاق بطريق العامة وإن أضر بالنهر فلكل واحد من المسلمين منعه لما بينا أنه حق لعامة المسلمين  
واباحة التصرف في حقهم مشروطة بانتفاء الضرر كالتصرف في الطريق الأعظم وسئل أبو يوسف عن نهر مرو وهو  
نهر عظيم أحيا رجل أرضاً كانت مواتاً ففقر لها نهر فوق مرو من موضع ليس يملكه أحد فساق الماء إليها من ذلك  
النهر فقال أبو يوسف إن كان يدخل على أهل مرو ضرر في مائهم ليس له ذلك وإن كان لا يضرهم فله ذلك وليس لهم أن  
يمنعوا ما قلنا وسئل أيضاً إذا كان لرجل من هذا النهر كوى معروفه هل له أن يزيد فيها فقال إن زاد في ملكه وذلك  
لا يضر بأهل النهر فله ذلك ولو كان نهر خاص لقوم يأخذ الماء من هذا النهر فأراد واحد منهم أن يزيد كوة لم يكن له  
ذلك وإن كان لا يضر بالنهر (وجهه) الفرق أن الزيادة في الفصل الأول تصرف في حق مشترك بين العامة وحرمة  
التصرف في حقوق العامة لا تثبت إلا بشرطة الضرر والزيادة في الفصل الثاني تصرف في ملك مشترك بأخذ زيادة  
الماء في النهر والتصرف في الملك المشترك لا تقف حرمة على الضرر بالملك هو الفرق ولو جزماء هذه الأنهار عن  
أرض فليس لمن يليها أن يضمها إلى أرض نفسه لأنه يحتمل أن يعود ماؤها إلى مكانه ولا يجدي إليه سيلاً فيحمل على  
جانب آخر فيضر حتى لو أمن العود أو كان بازائها من الجانب الآخر أرض موات لا يضر أحد بحمل الماء عليه فله  
ذلك ويملكه إذا أحياها بأذن الإمام أو بغير إذنه على الاختلاف المعروف ولو احتاجت هذه الأنهار إلى الكرى فعلى  
السلطان كراه من بيت المال لأن منفعتها العامة للمسلمين فكانت مؤنتها من بيت المال لقوله عليه الصلاة والسلام  
أخرج بالضمأن وكذا لو خيف منها الفرق فعلى السلطان إصلاح مستأنتها من بيت المال لما قلنا والله سبحانه وتعالى أعلم

### كتاب الاراضى

الكلام في موضعين في بيان أنواع الاراضى وفي بيان حكم كل نوع منها (أما) الأول فالاراضى في الأصل  
نومان أرض مملوكة وأرض مباحة غير مملوكة والمملوكة نوعان عامرة وخراب والمباحة نوعان أيضاً نوع هومن

مرافق البلدة محتطابهم ومرعى لمواشيهم ونوع ليس من مراقبتها وهو المسمى بالموات (أما) بيان حكم كل نوع منها (أما) الاراضي المملوكة العامرة فليس لاحد أن يتصرف فيها من غير اذن صاحبها لان عصمة الملك تمنع من ذلك وكذلك الارض الخراب الذي انقطع ماؤها ومضى على ذلك سنون لان الملك فيها قائم وان طال الزمان حتى يجوز بيعها واجارتها وتصير ميراثا اذا مات صاحبها الا أنها اذا كانت خرابا فلاخراج عليها اذ ليس على الخراب خراج الا اذا عطلها صاحبها مع التمكن من الاستبراء فعليه الخراج وهذا اذا عرف صاحبها فان لم يعرف فكيف حكم اللقطة يعرف في كتابه ان شاء الله تعالى وأما الكلا الذي ينبت في أرض مملوكة فهو مباح غير مملوك الا اذا قطعه صاحبه الارض واخرج فيملكه هذا جواب ظاهر الرواية عن أصحابنا رضي الله عنهم وقال بعض المتأخرين من مشايخنا رحمهم الله انه اذا سقاه وقام عليه ملكه والصحيح جواب ظاهر الرواية لان الاصل فيه هو الاباحة لقوله عليه الصلاة والسلام الناس شركاء في ثلاث الماء والكلا والنار والكلا اسم لحشيش ينبت من غير صنع العبد والشركة العامة هي الاباحة الا اذا قطعه واحرزه لانه استولى على مال مباح غير مملوك فيملكه كالماء الحرز في الاواني والظروف وسائر المباحات التي هي غير مملوكة لاحد والنار اسم لجوهر مضيء دائم الحركة علوا فليس لمن أوقدها أن يمنع غيره من الاصطلاء بها لان النبي عليه الصلاة والسلام أثبت الشركة فيها فأما الجرف فليس بنا وهو مملوك لصاحبه فله حق المنع كسائر أملاكه ولو أراد أحد أن يدخل ملكه لا احتشاش الكلا فاذا كان يحده في موضع آخر له أن يمنعه من الدخول وان كان لا يجده فيقال لصاحب الارض اما أن تأذن له بالدخول واما أن تحش بنفسك فتدفعه اليه كالماء الذي في الآبار والعيون والحياض التي في الاراضي المملوكة على ما ذكرنا في كتاب الشرب ولودخل انسان أرضه بغير اذنه واحتش ليس لصاحبه أن يسترده لانه مباح سبقت يده اليه وكذا لا يجوز بيعه لان محل البيع مال مملوك وان لم يثبت على ملك أحد ولا تجوز اجارته لان الاعيان لا تختمل الاجارة على ما ذكرنا في كتاب الشرب والجواب في الكلا في البيع والاجارة والهبة والنكاح والخلع والصلح والوصية كالجواب في الشرب لان كل واحد منها غير مملوك وقد ذكرنا ذلك كله في الشرب وكذلك المروج المملوكة في حكم الكلا على هذا وكذلك الآجام المملوكة في حكم السمك لان السمك أيضا مباح الاصل لقوله تعالى عز شأنه أحل لكم صيد البحر وطعامه متاعا لكم وقوله عليه الصلاة والسلام أحلت لنا ميتتان ودمان الحديث فلا يصير مملوكا الا بالاخذ والاستيلاء لما بينا ولو حظر السمك في حظيرة فان كان مما يمكن أخذه بغير صيد يملكه بنفسه الحظر لوجود الاستيلاء وثابت اليده عليه ولهذا لو باعه جاز وان كان لا يمكن أخذه الا بصيد يملكه صاحب الحظيرة لانه ما استولى عليه ولا يملك المباح الا بالاستيلاء ولهذا لو باعه لا يجوز بيعه وعلى هذا سائر المباحات كالطير اذا باضت أو فرخت في أرض انسان انه يكون مباحا ويكون للاخذ لصاحب الارض سواء كان صاحب الارض اتخذ له وكرا أم لا وقال المتأخرون من مشايخنا رحمهم الله انه ان كان اتخذ له ملكا له يسترده من الاخذ وهذا غير سديد لقوله عليه الصلاة والسلام لمن أخذه ولان الملك في المباح انما يثبت بالاستيلاء عليه والاخذ هو المستولى دون صاحب الارض وان اتخذ له وكرا وكذلك صيد التجأ الى أرض رجل أو دره فهو للاخذ لقلنا ولورد صاحب الدار باب الدار عليه بعد الدخول يملكه ان أمكنه أخذه بغير صيد لوجود الاستيلاء منه وكذلك لو نصب شبكة فتعقل بها صيد تعقلا لا خلاص له فهو لنا نصب الشبكة سواء كانت الشبكة له أو لغيره كن أرسل بازي انسان بغير اذنه فاخذ صيدا أو غري كلبا لا انسان على صيد فاخذه فكان للمرسل والمفرى لا لصاحبه ولو نصب فسطاطا فجاء صيد فتعقل به فهو للاخذ (ووجه) الفرق ان نصب الشبكة وضع لتعقل الصيد ومباشر السبب الموضوع للشئ كتناسب له (فاما) نصب الفسطاط فموضع لذلك بل لغرض آخر فتوقف الملك فيه على الاستيلاء

والاخذ حقيقة ولو حفر حفرة فوق وقع فيها صيد فان كان حفرها لاجتماع الماء فيها فهو للاخذ لانه بمنزلة الاصطياد وان كان حفرها للاصطياد بها فهو له بمنزلة الشبكة ( واما ) الآجام المملوكة في حكم القصب والحطب فليس لاحد أن يحتطب من أجمة رجل الا باذنه لان الحطب والقصب مملوكان لصاحب الاجمة ينبتان على ملكه وان لم يوجد منه الانبات أصلاً بخلاف الكلا في المروج المملوكة لان منفعة الاجمة هي القصب والحطب فكان ذلك مقصوداً من ملك الاجمة فيملك بملكها ( فاما ) الكلا فغير مقصود من المروج المملوك بل المقصود هو الزراعة ولو أن بقاراً رعى بقراً في أجمة مملوكة لانسأ فليس له ذلك رهوضاً من لما رعى وأفسد من القصب لما ذكرنا أن منفعة الاجمة القصب والحطب وهما مملوكان لصاحب الاجمة واتلاف مال مملوك لصاحبه يوجب الضمان بخلاف الكلا في المروج لانه ثبت على الاباحة دون الملك على ما بينا والدليل على التفرقة بينهما أنه يجوز له دفع القصب معاملة ولا يجوز دفع الكلا معاملة والاصل المحفوظ فيه أن القصب والحطب يملكان بملك الارض والكلا لا ( وأما ) ما لا ينبت عادة الا بصنع العبد كالقنة والقصيل وما بقي من حصاد الزرع ونحو ذلك في أرض مملوكة يكون مملوكاً لصاحب الارض أن يمنع غيره ويجوز بيعه ونحو ذلك لان الانبات يعد اكتساباً له فيملكه ولان الاصل أن يكون من المملوك مملوكاً لان الاباحة في بعض الاشياء تثبت على مخالفة الاصل بالشرع والشرع ورد به في أشياء مخصوصة فيقتصر عليها ( وأما ) أرض الموات فالكلام فيها في مواضع في تفسير الارض الموات وفي بيان ما يملك الامام من التصرف في الموات وفي بيان ما يثبت به الملك في الموات وما يثبت به الحق فيه دون الملك وفي بيان حكمه اذا ملك ( أما ) الاول فالارض الموات هي أرض خارج البلد لم تكن ملكاً لاحد ولا حقاله خاصاً فلا يكون داخل البلد موات أصلاً وكذا ما كان خارج البلدة من مرافقها محتطاً بها لاهلها أو مرعى لهم لا يكون مواتاً حتى لا يملك الامام اقطاعها لان ما كان من مرافق أهل البلدة فهو حق أهل البلدة كنفاء دارهم وفي الاقطاع ابطال حقهم وكذلك أرض الملح والقار والنفط ونحوها مما لا يستغنى عنها المسلمون لا تكون أرض موات حتى لا يجوز للامام أن يقطعها لاحد لانها حق لعامة المسلمين وفي الاقطاع ابطال حقهم وهذا لا يجوز وهل يشترط أن يكون بعيداً من العمران شرطه الطحاوي رحمه الله فانه قال وما قرب من العامر فليس بموات وكذا روى عن أبي يوسف رحمه الله ان أرض الموات بقعة لو وقف على أدناها من العامر رجل فنأدى بأعلى صوته لم يسمعه من العامر وفي ظاهر الرواية ليس بشرط حتى ان بحراً من البلدة جزر مأوّه أو أجمة عظيمة لم تكن ملكاً لاحد تكون أرض موات في ظاهر الرواية وعلى قياس رواية أبي يوسف وقول الطحاوي لا تكون والصحيح جواب ظاهر الرواية لان الموات اسم لما لا ينتفع به فاذا لم يكن ملكاً لاحد ولا حقاً خاصاً لم يكن منتفعاً به كان بعيداً عن البلدة أو قريباً منها ( وأما ) بيان ما يملك الامام من التصرف في الموات فالامام يملك اقطاع الموات من مصالح المسلمين لما يرجع ذلك الى عمارة البلاد والتصرف فيما يتعلق بمصالح المسلمين للامام ككرى الانهار العظام واصلاح قناطرها ونحوه ولو أقطع الامام الموات انساناً فتركه ولم يعمره لا يتعرض له الى ثلاث سنين فاذا مضى ثلاث سنين فهو لمواتاً كما كان وله أن يقطعه غيره لقوله عليه الصلاة والسلام ليس لمختر بعد ثلاث سنين حق ولان الثلاث سنين مدة لا بلاء الا عذار فاذا أمسكتها ثلاث سنين ولم يعمرها دل على أنه لا يريد عمارتها بل تعطيلها فبطل حقه وتعود الى حالها مواتاً وكان للامام أن يعطيها غيره ( وأما ) بيان ما يثبت به الملك في الموات ومالا يثبت ويثبت به الحق فالملك في الموات يثبت بالاحياء باذن الامام عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد رحمهم الله تعالى يثبت بنفس الاحياء واذن الامام ليس بشرط ( وجهه ) قولهما قوله عليه الصلاة والسلام من أحيأ أرضاً ميتة فهي له وليس لعرق ظالم فيه حق أثبت الملك للمحي من غير شريطة اذن الامام ولانه مباح استولى عليه فيملكه بدون اذن الامام كما لو أخذ صيداً أو وحش كلاً وقوله عليه الصلاة والسلام ليس لعرق ظالم فيه



حق روى منونا ومضافا فالمنون هو أن تنبت عروق أشجار انسان في أرض غيره بغير اذنه فلصاحب الارض قلمها حشيشاً ولا ي حنيفة عليه الرحمة ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال ليس للسوء الاماطات به نفس امامه فاذا لم يأذن فلم تطلب نفسه به فلا يكون له ولان الموات غنيمة فلا بد للاختصاص به من اذن الامام كسائر الغنائم والدليل عليه أن غنيمة اسم لما أصيب من أهل الحرب بالحقول والركاب والموات كذلك لان الارض كلها كانت تحت أيدي أهل الحرب استولى عليها المسلمون عنوة وقهراً فكانت كلها غنائم فلا يختص بعض المسلمين بشئ منها من غير اذن الامام كسائر الغنائم بخلاف الصيد والحطب والحشيش لانها لم تكن في يد أهل الحرب لحاز أن تلك بنفس الاستيلاء واثبات اليد عليها ( وأما ) الحديث فيحتمل أنه يصير به شرماً ويحتمل أنه اذن جماعة باحياء الموات بذلك النظم ونحن نقول بموجبه فلا يكون حجة مع الاحتمال نظير قوله عليه الصلاة والسلام من قتل قتيلاً فله سلبه حتى لم يصح الاحتجاج به في إيجاب السلب للقاتل على ما ذكر في كتاب السير أو يحتمل ذلك على حال الاذن توفيقاً بين الدلائل ويملك الذي بالاحياء كما يملك المسلم لعموم الحديث ولو حذر الارض الموات لا يملكها بالاجماع لان الموات يملك بالاحياء لانه عبارة عن وضع أحجار أو خط حولها ير يد أن يحجر غيره عن الاستيلاء عليها وشئ من ذلك ليس باحياء فلا يملكها ولكن صار أحق بها من غيره حتى لم يكن لغيره أن يزعمه لانه سبقت يده اليه والسبق من أسباب الترجيح في الجملة قال النبي عليه الصلاة والسلام منى مباح من سبق وعلى هذا المسافر اذا نزل بارض مباحة أو رباط صار أحق بها ولم يكن لمن يجيء بعده أن يزعمه عنها واذا صار أحق بها فلا يقطعها الا امام غيره الا اذا عطلها المتحجر ثلاث سنين ولم يعمرها ( وأما ) بيان حكم أرض الموات اذا ملكت فيختص بها حكمان أحدهما حكم الحريم والثاني الوظيفة من العشر والخراج أما الاول فالكلام فيه في موضعين أحدهما في أصل الحريم والثاني في قدره ( أما ) أصله فلا خلاف في أن من حفر بئر في أرض الموات يكون لها حريم حتى لو أراد أحد أن يحفر في حريمه له أن يمنعه لان النبي عليه الصلاة والسلام جعل للبئر حريماً وكذلك العين لها حريم بالاجماع لانه عليه الصلاة والسلام جعل لكل أرض حريماً ( وأما ) النهر فقد ذكرنا الكلام فيه ( وأما ) تقديره فحريم العين خمسمائة ذراع بالاجماع وبه نطقت السنة وهو قوله عليه الصلاة والسلام للعين خمسمائة ذراع وحريم بئر العطن أربعون ذراعاً بالاجماع نطقت به السنة قال النبي عليه الصلاة والسلام وحريم بئر العطن أربعون ذراعاً وأما حريم بئر الناضح فقد اختلف فيه عند أبي حنيفة رحمه الله أربعون ذراعاً وعندهما ستون ذراعاً احتج بما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال وحريم بئر الناضح ستون ذراعاً ( وجه ) قول أبي حنيفة أن الملك في الموات يثبت بالاحياء باذن الامام أو بغير اذنه ولم يوجد منه احياء الحريم وكذا اذن الامام يتناول الحريم مقصوداً الا أن دخول الحريم لحاجة البئر اليه وحاجة الناضح تندفع باربعين ذراعاً من كل جانب كحاجة العطن فبقى الزيادة على ذلك على حكم الموات والحديث يحتمل أنه قال عليه الصلاة والسلام ذلك في بئر خاص وللإمام ولاية ذلك ( وأما ) حريم النهر فقد اختلف أبو يوسف ومحمد في تقديره فعند أبي يوسف قدر نصف بطن النهر من كل جانب النصف من هذا الجانب والنصف من ذلك الجانب وعند محمد قدر جميع بطن النهر من كل جانب قدر جميعه ( وأما ) النهر اذا حفر في أرض الموات فنهم من ذكر الخلاف فيه بين أبي حنيفة وصاحبيه والصحيح أن له حريماً بلا خلاف لما قلنا ( وأما ) الثاني حكم الوظيفة فإن أحياءها مسلم قال أبو يوسف ان كانت من حيز أرض العشر فهي عشرة وان كانت من حيز أرض الخراج فهي خراجية وقال محمد ان أحياءها بماء العشر فهي عشرة وان أحياءها بماء الخراج فهي خراجية وان أحياءها ذى فهي خراجية كيف ما كان بالاجماع وهي من مسائل كتاب العشر والخراج والله تعالى عز شأنه أعلم

﴿ كتاب المفقود ﴾

الكلام في المفقود يقع في أربعة مواضع في تفسير المفقود وفي بيان حاله وفي بيان ما يصنع بماله وفي بيان حكم ماله (أما) الأول فالمفقود اسم لشخص غاب عن بلده ولا يعرف خبره أنه حي أم ميت

﴿ فصل ﴾ وأما حال المفقود فعبارة مشايخنا رحمهم الله عن حاله أنه حي في حق نفسه ميت في حق غيره والشخص الواحد لا يكون حيا وميتا حقيقة لما فيه من الاستحالة ولكن معنى هذه العبارة أنه تجري عليه أحكام الأحياء فيما كان له فلا يرث ماله ولا تبين أمره أنه كأنه حي حقيقة وتجرى عليه أحكام الأموات فيما لم يكن له فلا يرث أحدًا كأنه ميت حقيقة لأن الثالث باستصحاب الحال يصلح لا بقاء ما كان على ما كان ولا يصلح لاثبات ما لم يكن ومملكه في أحكام أمواله ونسائه أمر قد كان واستصحبنا حال الحياة لا بقاءه وأما مملكه في مال غيره فأمر لم يكن فتقع الحاجة إلى الإثبات واستصحبنا الحال لا يصلح حجة لاثبات ما لم يكن وتحقيق العبارة عن حاله أن حاله غير معلوم بمحتمل أنه حي وبمحتمل أنه ميت وهذا يمنع التوارث واللينونة لأنه إن كان حيا يرث أقارب به ولا يرثونه ولا تبين أمره أنه وإن كان ميتا لا يرث أقارب به ويرثونه والأثر من الجانبين أمر لم يكن ثابتا بيقين فوقع الشك في ثبوته فلا يثبت بالشك والاحتمال وكذلك اللينونة على الأصل المهود في الثابت بيقين لا يزول بالشك وغير الثابت بيقين لا يثبت بالشك فإذا مات واحد من أقارب به يوقف نصيبه إلى أن يظهر حاله أنه حي أم ميت لاحتمال الحياة والموت للحال حتى أن من هلك وترك ابنا مفقودا أو بنتين وابن ابن وطلبت الأبنان الميراث فإن القاضي يقضي لهما بالنصف ويوقف النصف الثاني إلى أن يظهر حاله لأنه إن كان حيا كان له النصف والنصف للابنتين ولا شيء لابن الابن وإن كان ميتا كان للابنتين الثلثان والباقي لابن الابن فكان استحقاق النصف للابنتين ثابتا بيقين في دفع ذلك إليهما ويوقف النصف الآخر إلى أن يظهر حاله فإن لم يظهر حتى مضت المدة التي يعرف فيها موته يدفع الثلثان إليهما والباقي لابن الابن وكذا الوأوصى له بشيء يوقف وكذا إذا فقد المرتد ولا يدري أنه لحق بدار الحرب أم لا توقف تركته كالمسلم

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ما يصنع بماله فالذي يصنع أنواع منها أن القاضي يحفظ ماله يقيم من ينصبه للحفظ لأنه مال لا حافظ له لمعجز صاحبه عن الحفظ فيحفظ عليه القاضي نظرا إليه كما يحفظ مال الصبي والمجنون الذي لا ولي لهما ومنها أنه يبيع من ماله ما يتسارع إليه الفساد ويحفظ ثمنه لأن ذلك حفظ له معنى ولا يأخذ ماله الذي في يده مودعه ومضاربه ليحفظه لأن يده ما يدني به عنه في الحفظ فكان محفوظا بحفظه معنى فلا حاجة إلى حفظ القاضي ومنها أنه ينفق على زوجته من ماله إن كان عالما بالزوجة لأن الاتفاق عليها أحياءها فكان من باب حفظ ملك الغائب عليه عند عجزه عن الحفظ بنفسه فيملكه كما يملك حفظ ماله ومنها أنه ينفق من ماله على أولاده الصغار الذكور والإناث وعلى أولاده الفقراء الزماني من الذكور والفقيرات من الإناث سواء كن زمني أو لا وعلى والديه المحتاجين إن كان عالما بالنسب لأن ثقة أولاده إنما تجب بحكم الجزئية والبعضية أحياء لهم وأحياء نفسه واجب فكذا أحياء جزئته وكله فكان الاتفاق عليهم من ماله أحياء لهم معنى وهو عاجز عن ذلك بنفسه فيقوم به القاضي وإن لم يعلم القاضي بالزوجة والنسب فأحضر رجلا في يده مال وديعة للمفقود أو مضاربة أو عليه دين له فأقر الرجل بذلك وبالزوجة والنسب أتفق عليهم من ذلك المال لأن للمرأة أن تأخذ نفقتها من مال زوجها إذا ظفرت به قدر ما يكفيها قال النبي صلى الله عليه وسلم لا امرأة أبي سفيان خذي من مال أبي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف فإذا أقر أن هذا ماله وهذه امرأته ثبت لها حق الأخذ وكذا في الأولاد يأخذ البعض كفايته من مال البعض عند الحاجة فإذا أقر بالنسب والمال فقد ثبت لهم حق الأخذ وهذا قول أصحاب الثلاثة رضي الله عنهم وعند زفر رحمه الله ليس للقاضي ذلك لكونه قضاء على الغائب ونحن نقول ليس هذا من باب القضاء على الغائب بل هو من باب النظر للغائب وللغائب ولا بد للنظر للغائب لما علم على ما ذكرنا في كتاب النفقات ولو أخذ القاضي منهم كفيلا كان حسنا لجواز أن يحضر المفقود فيقيم البينة على أنه كان طلق أمره أنه أو

كان اعطاهم النفقة معجلة هذا اذا أقر الرجل بهما فاما اذا أنكرهما جميعا أو أقر باحدهما دون الآخر فاقاموا البينة على ذلك لا تسمع بينتهم لانه يكون قضاء على الغائب وله من غير ان يكون عنه وله خصم حاضر لان المودع والمضارب والغريم ليسوا اخصاء عن الغائب في اثبات الزوجية وإيجاب النفقة عليه وكذلك الاولاد والوالدون والمرأة ليسوا اخصاء للغائب في اثبات ملك المال له وكل ذلك لا يجوز فان اعطوهم شيئا فهو من مال أنفسهم لانهم متطوعون في ذلك ولا ينفق من ماله على من سواهم من ذوى الارحام لان نفقتهم ليست بعلة الجزئية والبعضية لعدمها بل بطريق الصلة والبر بهم والاحسان اليهم الا ترى انهم ليس لهم أن يمدوا أيديهم في أخذ ما من ماله عند حاجتهم اليه بخلاف الوالدين والمولودين فكان الاتفاق من ماله قضاء على الغائب والاصل ان كل مال ثبت حق الاخذ منه للمنفق عليه من غير قضاء القاضي له ان ينفق منه وما لا يثبت حق الاخذ منه الا بقضاء ليس للقاضي ان ينفق منه ثم القاضي انما ينفق من مال المفقود على ما ذكرنا اذا كان المال دراهم أو دنانير أو طعما أو ثيابا بهي من جنس كسوتها فاما اذا كان من جنس آخر من العروض والعقار فلا ينفق لانه لا يمكنه الاتفاق بالابيع وليس للقاضي أن يبيع العقار والعروض على الغائب بالاجماع لان البيع على الغائب في معنى الحجر عليه والحجر على الحر البالغ لا يجوز عند أبي حنيفة وعندهما ان جاز على الحاضر لكن لا يجوز على الغائب لان الجواز على الحاضر لدفع الظلم بالامتناع عن قضاء الدين مع القدرة على القضاء من ثمن العين ولم يتحقق الظلم منه حالة الغيبة لما لم يعرف الامتناع من الاتفاق فافترق الحالان وانما ملك بيع ما يتسارع اليه الفساد لان ذلك وان كان بيما بصورة فهو حفظ وامساك له معنى والقاضي يملك حفظ مال المفقود وأما الاب فليس له أن يبيع العقار في نفقة الغائب من غير اذن القاضي بالاجماع وأما المتقول فله أن يبيعه عند أبي حنيفة من غير أمر القاضي وعندهما لا يبيع المتقول كالا يبيع العقار لما علم في كتاب النفقات والله تعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما حكم ماله فهو انه اذا مضت من وقت ولادته مدة لا يعيش اليها عادة يحكم بموته ويعتق أمهات أولاده ومدره وتبين امر أنه ويصير ماله ميراثا لورثته الاحياء وقت الحكم ولا شيء لمن مات قبل ذلك ولم يقدر لتلك المدة في ظاهر الرواية تقديرا وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه قدرها بمائة وعشرين سنة من وقت ولادته وذكر محمد في الاصل انه فقد رجل بصفين أو بالجل ثم اختصم ورثته في ماله في زمن أبي حنيفة عليه الرحمة فقسم بينهم وقيل كانت وفاة سيدنا علي رضي الله عنه في سنة أربعين ووفاة أبي حنيفة رضي الله عنه في سنة مائة وخمسين وروى عن محمد رحمه الله انه قدرها بمائة سنة فاذا مضت المدة المقدرة يحكم بموته وتثبت جميع الاحكام المتعلقة بالمدة كما اذا قامت البينة على موته والله سبحانه وتعالى أعلم

### ﴿كتاب اللقيط﴾

الكلام في اللقيط في مواضع في تفسير اللقيط لغة وعرفا وفي بيان حاله وفي بيان ما يتعلق به من الاحكام أما في اللغة فهو فعيل من اللقط وهو اللقاء بمعنى المفعول وهو الملقوط وهو الملقى أو الاخذ والرفع بمعنى الملقوط وهو المأخوذ والمرفوع عادة لما أنه يؤخذ فيرفع وأما في العرف فنقول هو اسم للطفل المفقود وهو الملقى أو الطفل المأخوذ والمرفوع عادة فكان تسميته لقيطا باسم العاقبة لأنه يلقط عادة أي يؤخذ ويرفع وتسمية الشيء باسم عاقبته أمر شائع في اللغة قال الله تعالى جل شأنه اني أراني أعصر حمرا وقال الله تعالى جل شأنه انك ميت وانهم ميتون سمي العنب حمرا والحي الذي يحتمل الموت ميتا باسم العاقبة كذا هذا

﴿فصل﴾ وأما بيان حاله فله أحوال ثلاث لا بد من التعرف عنها حاله في الحرية والرق وحاله في النسب أما حاله في الحرية والرق فهو انه حر من حيث الظاهر كذا روى عن سيدنا عمر وسيدنا علي رضي الله عنهما انها حكما بكون اللقيط حرا ولان الاصل هو الحرية في بني آدم لان الناس كلهم أولاد سيدنا آدم عليه الصلوة والسلام وحواء وهما كانا

حرين والمتولد من الحرين يكون حراً وانما حدث الرق في البعض شرعاً بعارض الاستيلاء بسبب عارض وهو الكفر  
 الباعث على الحرب فيجب العمل بالأصل حتى يقوم الدليل على العارض فرتب عليه أحكام الأحرار من أهلية  
 الشهادة والاعتاق والتدبير والكتابة واستحقاق الحد على قاذفه وغير ذلك من الأحكام المختصة بالأحرار إلا أنه  
 لا يحد قاذف أمه لأن احضان المذوف شرط انعقاد علة توجب على القاذف ولم يعرف احضانها لانعقاد القذف عليه  
 لوجوب الحد على القاذف ولو ادعى الملتقط أو غيره أنه عبده لا يسمع منه إلا بيينة لأن حرته ثابتة من حيث الظاهر فلا  
 يقدر على إبطال هذا الظاهر إلا بدليل ولو بلغ فأقر أنه عبده فلا نظر في ذلك إن كان لم يجز عليه شيء من أحكام الأحرار  
 بعد من قبول شهادته وضرب قاذفه الحد ونحوه صبح أقراره لا أنه لم تعرف حرته إلا بظاهر الحال فإذا أقر بالرق  
 فالظاهر أنه لا يقر على نفسه بالرق كاذباً صبح أقراره إلا أنه لا يعتبر في إبطال ما يفعله من التصرفات من الهبة والكفالة  
 والاعتاق والنكاح ونحوها من التصرفات التي لا يملكها العبد حتى لا تنسخ وهذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله في  
 أحد قوليه ينسخ (وجه) قوله أنه لم أقر بالرق فقد ظهر أنه كان رقيقاً وقت التصرف فلم يصح تصرفه كما إذا قامت البيينة  
 على رقه ولنا أن هذا أقرار تضمن إبطال حق الغير لأن حرته ثابتة من حيث الظاهر فلا يصدق في حق ذلك الغير  
 لما عرف أن الأقرار تصرف على نفس المقر فإذا تضمن إبطال حقة حق الغير كان دعوى أو شهادة على غيره من ذلك  
 الوجه فيصدق على نفسه لا على غيره كمن أقر بحرية عبد إنسان ثم اشتراه عتق عليه ولا يرجع بالثمن على البائع لما قلنا  
 كذا هذا والاستدلال بالبيينة غير سديد لأن الشاهد غير متهتم في شهادته على غيره فاما المقر في أقراره على غيره فتهتم فهو  
 الفرق وإن كان قد أجرى عليه شيء من ذلك لا يصح أقراره لأنه إذا أجرى عليه شيء من أحكام الأحرار فقد ظهرت  
 حرته عند الناس كافة فظهر أنه حر الأصل فلا يملك إبطالها بالأقرار بالرق وأما حاله في الإسلام والكفر فإن وجدته  
 مسلم في مصر من أمصار المسلمين أو في قرية من قرىهم يكون مسلماً حتى لو مات يغسل ويصلى عليه ويدفن في مقابر  
 المسلمين وإن وجدته ذمى في بيعة أو كنيسة أو في قرية ليس فيها مسلم يكون ذمياً حكماً للظاهر كما إذا وجدته مسلم في بيعة  
 أو كنيسة أو في قرية من قرى أهل الذمة يكون ذمياً ولو وجدته ذمى في مصر من أمصار المسلمين أو في قرية من قرىهم  
 يكون مسلماً كذا ذكر في كتاب اللقيط من الأصل واعتبر المكان وروى ابن سماعه عن محمد أنه اعتبر حال الواجد  
 من كونه مسلماً أو ذمياً وفي كتاب الدعوى اعتبر الإسلام إلى أيهما نسب إلى الواجد وإلى المكان والصحيح رواية  
 هذا الكتاب لأن الموجود في مكان هو في أيدي أهل الإسلام وتصرفهم في أيديهم واللقيط الذي هو في يد المسلم  
 وتصرفه يكون مسلماً ظاهراً والموجود في المكان الذي هو في أيدي أهل الذمة وتصرفهم في أيديهم واللقيط الذي هو  
 في يد الذمى وتصرفه يكون ذمياً ظاهراً فكان اعتبار المكان أولى فإن وجدته مسلم في مصر من أمصار المسلمين فبلغ  
 كافراً يجزى على الإسلام ولكن لا يقتل لأنه لم يعرف إسلامه حقيقة وانما حكم به تبعاً للدار فلم تتحقق ردة فلا يقتل  
 وأما حاله في النسب فهو انه مجهول النسب حتى لو ادعى إنسان نسبة الملتقط أو عتقه تصح دعوته ويثبت النسب منه  
 لما علم في كتاب الدعوى وأما الأحكام المتعلقة به فأنواع منها أن التقاطه أمر مندوب إليه لما روي أن رجلاً  
 أتى سيدنا علياً رضي الله عنه بليقطة فقال هو حر ولأن أكون وليت من أمره مثل الذي وليت أنت كان أحب إلى من  
 كذا وكذا عد جملة من أعمال الخير فقد رغب في الالتقاط وبالغ في الترغيب فيه حيث فضله على جملة من أعمال الخير  
 على المبالغة في الندب إليه ولأنه نفس لا حافظ لها بل هي في مضية فكان التقاطها أحياء لها معنى وقد قال الله تعالى  
 ومن أحياءها فكأنما أحياء الناس جميعاً ومنها أن الملتقط أولى بأمره حتى لا يكون لغيره أن يأخذه منه لأنه  
 هو الذي أحياءه بالتقاطه ومن أحياء أرضاً ميتة فهي له على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم ولأنه مباح إلا خذسبقت  
 يد الملتقط إليه والمباح مباح من سبق على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم ومنها أن تقتنه من بيت المال لأن لولاه  
 له وقد قال عليه الصلاة والسلام الخراج بالضمان ولو كان معه مال مشدود عليه فهو له لأن الظاهر أنه ماله فيكون له

كثيابه التي عليه وكذا اذا وجد مشدودا على دابة فالدابة له لما قلنا وتكون النفقة من ماله لان الاتفاق من بيت المال للضرورة ولا ضرورة اذا كان له مال وليس على الملتقط ان ينفق عليه من مال نفسه لانعدام السبب الموجب للنفقة عليه ولو اتفق عليه من مال نفسه فان فعل باذن القاضي له ان يرجع عليه وان فعل بشراذنه لا يرجع عليه لانه يكون متطوعا فيه ومنها ان عقله لبيت المال لان عاقلته بيت المال فيكون عقله له لقوله عليه الصلاة والسلام اخراج بالضمان ومنها ان ولاه لبيت المال لما قلنا ومنها ان له ان يولى من شاء اذا بلغ الا اذا عقل عنه بيت المال فليس له ان يولى أحد الا ان العقد يلزم بالعقل على ما ذكر في كتاب الدييات ان شاء الله تعالى لما علم في الولاء ومنها ان وليه السلطان له الولاية في ماله ونفسه لقوله عليه الصلاة والسلام السلطان ولي من لا ولي له وروى عنه عليه الصلاة والسلام انه قال الله ورسوله ولي من لا ولي له والحال وارث من لا وارث له والسلطان نائب الله ورسوله فيزوج اللقيط ويتصرف في ماله وليس للملتقط ان يفعل شيئا من ذلك لانه لا ولاية له عليه لانعدام سببها وهو القرابة والسلطنة الا انه يجوز له ان يقبض الهبة له ويسلمه في صناعة ويؤجره لان ذلك ليس من باب الولاية عليه بل من باب اصلاح حاله وايصال المنفعة المحضمة اليه من غير ضرر فاشبه اطعامه وغسل ثيابه ومنها ان نسبه من المدعى يحتمل الثبوت شرعا لانه مجهول النسب على ما يأتي في كتاب الدعوى حتى لو ادعى الملتقط أو غيره انه ابنه تسمع دعواه من غير بينة وبينته نسبه منه والقياس ان لا تسمع الا بينة وجه القياس ظاهر لانه يدعى امر اجاز الوجود والعدم فلا بد لترجيح أحد الجانبين على الآخر من مرجح وذلك بالبينة ولم توجد وجه الاستحسان انه عامل أخبر بأمر محتمل الثبوت وكل من أخبر عن أمر والخبر به محتمل الثبوت يجب تصديقه تحسينا للظن بالخبر هو الاصل الا اذا كان في تصديقه ضرر بالغير وهنا في التصديق واثبات النسب نظرم الجانبين جانب اللقيط بشرف النسب والتزينة والصيانة عن أسباب الهلاك وغير ذلك وجانب المدعى بولد يستعين به على مصالحه الدينية والدنيوية وتصديق المدعى في دعوى ما ينتفع به ولا يتضرر به غيره بل ينتفع به لا يتفق على البينة وسواء كان المدعى مسلما أو ذميا أو عبدا حتى لو ادعى نسبه ذمي تصح دعوته حتى ثبتت نسبه منه لكنه يكون مسلما لانه ادعى شيئين يتصورا انفصال أحدهما عن الآخر في الجملة وهو نسب الولد وكونه كافرا ويمكن تصديقه في أحدهما لكونه نفع اللقيط وهو كونه ابنا له ولا يمكن تصديقه في الآخر لكونه ضررا به وهو كونه كافرا فيصدق فيما فيه منفعة فيثبت نسب الولد منه ولا يصدق فيما يضره فلا يحكم بكفره وليس من ضرورة كون الولد منه أن يكون كافرا ألا ترى أنه يحكم بإسلامه وبإسلام أمه وان كان الأب كافرا هذا اذا أقر الذي انه ابنه ولا بينة له فان أقام البينة على ذلك ثبت نسب الولد منه ويكون على دينه بخلاف الاقرار ووجه الفرق بين الاقرار وبين الشهادة انه متهم في اقراره بما يتضمنه اقراره وهو كون الولد على دينه ولا تهمة في الشهادة لما امر ولو ادعى عبدا انه ابنه سمحت دعوته وثبتت نسبه منه لكنه يكون حرا ما ذكرنا في دعوى الذي لانه ادعى شيئين أحدهما نفع اللقيط والآخر مضرة وهو الرق فيصدق فيما ينتفع به لا فيما يضره على ما ذكرنا في دعوى الذي ولو ادعاه رجلا انه ابنهما ولا بينة لهما فان كان أحدهما مسلما والآخر ذميا فالمسلم أولى لانه نفع اللقيط وكذلك اذا كان أحدهما حرا والآخر عبدا فالحر أولى لانه نفع له وان كانا مسلمين حرين فان وصف أحدهما علامة في جسده فالواصف أولى به عندنا وعند الشافعي رحمه الله يرجع الى القائف فيؤخذ بقوله والصحيح قولنا لان الدعوتين متى تعارضتا يجب العمل بالراجح منهما وقد ترجح أحدهما بالعلامة لانه اذا رضى العلامة ولم يصف الآخر دل على ان يده عليه سابقة فلا بد من دليل والدليل على جواز العمل بالعلامة قوله تعالى عز شأنه خبر أعن أهل تلك المرأة ان كان قيصه قد من قبل فصدقت وهو من الكاذبين وان كان قيصه قد من دبر فكذب وهو من الصادقين فلما رأى قيصه قد من دبر قال انه من كيدك ان كيدك عظيم حكى الله تعالى عن الحكم بالعلامة عن الأمم السالفة في كتابه العزيز ولم يغير عليهم والحكيم اذا حكى عن منكر غيره فصار الحكم بالعلامة شريعة لنا مبتدأة وكذا عند اختلاف الزوجين في متاع البيت يميز ذلك بالعلامة كذا ههنا وان لم

يصف أحدهما العلامة بحكم بكونه ابناً لهما إذ ليس أحدهما بأولى من الآخر فإن أقام أحدهما البيعة فهو أولى به وإن أقام جميعا البيعة بحكم بكونه ابناً لهما لا نه ليس أحدهما بأولى من الآخر وقد روى عن سيدنا عمر رضي الله عنه في مثل هذا أنه قال إنه إنهما يرثهما ويرثانه وهو للثاني منهما فإن ادعاه أكثر من رجلين فأقام البيعة روى عن أبي حنيفة رضي الله عنه أنه تسمع من خمسة وقال أبو يوسف من اثنين ولا تسمع من أكثر من ذلك وقال محمد تسمع من ثلاثة ولا تسمع من أكثر من ذلك هذا إذا كان المدعى رجلاً فإن كانت امرأة فادعته إنه إنهما فإن صدقها زوجها أو شهدت لها القابلة أو قامت البيعة صحت دعوتها والأفلا لأن فيه حمل نسب الغير على الغير وأنه لا يجوز لما نذكره في كتاب الأقرار ولو ادعاه امرأتان وأقامت أحدهما البيعة فهي أولى به وإن أقامت جميعا فهو ابناً عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف لا يكون لواحدة منهما وعن محمد روايتان في رواية أبي حفص يجعل ابناً وفي رواية أبي سليمان لا يجعل ابن واحدة منهما والله سبحانه وتعالى أعلم

### كتاب اللقطة

الكلام في اللقطة في مواضع في بيان أنواعها وفي بيان أحوالها وفي بيان ما يصنع بها أما الأول فنوعان من غير الحيوان وهو المال الساقط لا يعرف مالكة ونوع من الحيوان وهو الضالة من الابل والبقر والغنم من البهائم إلا أنه يسمى لقطة من اللقط وهو الأخذ والرفع لأنه يلقط عادة أي يؤخذ ويرفع على ما ذكرنا في كتاب اللقيط

فصل في بيان أحوالها من حيث الأصل حالان حال ما قبل الأخذ وحال ما بعده أما قبل الأخذ فلها أحوال مختلفة قد يكون مندوب الأخذ وقد يكون مباح الأخذ وقد يكون حرام الأخذ أما حالة النذب فهو أن يخاف عليها الضيعة لو تركها فآخذها صاحبها أفضل من تركها لأنه إذا خاف عليها الضيعة كان أخذها لصاحبها أحياء لمال المسلم معنى فكان مستحباً والله تعالى أعلم وأما حالة الإباحة فهو أن لا يخاف عليها الضيعة فيأخذها لصاحبها وهذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله إذا خاف عليها يجب أخذها وإن لم يخف يستحب أخذها وزعم أن الترك عند خوف الضيعة يكون تضييعاً لها والتضييع حرام فكان الأخذ واجباً وهذا غير سديد لأن الترك لا يكون تضييعاً بل هو امتناع من حفظ غير مألوم والامتناع من حفظ غير مألوم لا يكون تضييعاً كالا امتناع عن قبول الوديعة وأما حالة الحرمة فهو أن يأخذها لنفسه لا لصاحبها لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لا يأوى الضالة الاضال والمراد أن يضمها إلى نفسه لا جل نفسه لا لاجل صاحبها بالرد عليه لأن الضم إلى نفسه لاجل صاحبها ليس بحرام ولأنه أخذ مال الغير بغير إذنه لنفسه فيكون بمعنى النهب وكذا القطة البهيمة من الابل والبقر والغنم عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز التقاطها أصلاً واحتج بما روى أن رجلاً سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ضالة الابل فقال مالك ولها معها خذاؤها وسقاؤها ترد الماء وترعى الشجر دعهما حتى يلقاها ربهما نهي عن التعرض لها وأمر بترك الأخذ فدل على حرمة الأخذ (ولنا) ما روى أن رجلاً وجد بعيراً بالحرّة فعرّفه ثم ذكره لسيدنا عمر رضي الله تعالى عنه فأمره أن يعرفه فقال الرجل لسيدنا عمر قد شغلني عن ضيعتي فقال سيدنا عمر أرسله حيث وجدته ولأن الأخذ حال خوف الضيعة أحياء لمال المسلم فيكون مستحباً وحال عدم الخوف ضرب أحرار فيكون مباحاً على ما ذكرنا وأما الحديث فلا حجة له فيه لأن المراد منه أن يكون صاحبه قريباً منه ألا ترى أنه قال عليه الصلاة والسلام حتى يلقاها ربهما وإنما يقال ذلك إذا كان قريباً أو كان رجاء اللقاء ثابتاً ونحن به نقول ولا كلام فيه والدليل عليه أنه لما سأله عن ضالة الغنم قال خذها فانها لك أو لا خيك أول الذئب دعاه إلى الأخذ ونبه على المعنى وهو خوف الضيعة وأنه موجود في الابل والنص الوارد فيها أولى أن يكون وارد في الابل وسائر البهائم دلالة لأنه عليه الصلاة والسلام فصل بينهما في الجواب من حيث الصورة لهجوم الذئب على الغنم إذا لم يلقها ربهما عادة بعيداً كان أو قريباً وكذلك الابل لأنها تذب عن نفسها عادة هذا الذي

ذكرنا حال ما قبل الاخذ وأما حال ما بعده فلها بعد الاخذ حالان في حال هي أمانة وفي حال هي مضمونة أما حالة الأمانة فهي أن يأخذها لصاحبها لأنه أخذها على سبيل الأمانة فكانت يده يد أمانة كيد المودع وأما حالة الضمان فهي أن يأخذها لنفسه لأن المأخوذ لنفسه مغضوب وهذا لا خلاف فيه وإنما الخلاف في شيء آخر وهو أن جهة الأمانة إنما تعرف من جهة الضمان أما بالتصديق أو بالشهاد عند أي حنيفة وعندهما بالتصديق أو باليمين حتى لو هلكت فجاء صاحبها وصدقه في الاخذ له لا يجب عليه الضمان بالاجماع وإن لم يشهد لأن جهة الأمانة قد ثبتت بصديقه وإن كذبه في ذلك فكذلك عند أبي يوسف ومحمد أشهد أو لم يشهد ويكون القول قول الملتقط مع يمينه وأما عند أبي حنيفة فإن أشهد فلا ضمان عليه لأنه لا شاهد ظهر أن الاخذ كان لصاحبه فظهر أن يده يد أمانة وإن لم يشهد يجب عليه الضمان ولو أقر الملتقط أنه أخذها لنفسه يجب عليه الضمان لأنه أقر بالغصب والمغضوب مضمون على الغاصب وجه قوله ما أن الظاهر أنه أخذها لنفسه لأن الشرع إنما مكنه من الاخذ بهذه الجهة فكان إقدامه على الاخذ دليل على أنه أخذ بالوجه المشروع فكان الظاهر شاهد أنه كان القول قوله ولكن مع الخلاف لأن القول قول الأمين مع اليمين ولا يبي حنيفة رحمه الله وجهان أحدهما أن أخذ مال الغير بغير إذنه سبب لجوب الضمان في الأصل لأنه إذا كان الاخذ على سبيل الأمانة بأن أخذه لصاحبه فيخرج من أن يكون سبباً لذلك إنما يعرف بالشهاد فإذا لم يشهد لم يعرف كون الاخذ لصاحبه فبقي الاخذ سبباً في حق وجوب الضمان على الأصل والثاني أن الأصل أن عمل كل إنسان له لاغير بقوله سبحانه وتعالى وأن ليس للإنسان الا ما سعى وقوله تعالى لهما كسبت وعليهما ما اكتسبت فكان أخذه اللقطة في الأصل لنفسه لا لصاحبها وأخذ مال الغير بغير إذنه لنفسه سبب لجوب الضمان لأنه غصب وإنما يعرف الاخذ لصاحبها بالشهاد فإذا لم يوجد تعين أن الاخذ لنفسه فيجب عليه الضمان ولو أخذ اللقطة ثم ردها إلى مكانها الذي أخذها منه لا ضمان عليه في ظاهر الرواية وكذا نص عليه محمد في الموطأ وبعض مشايخنا رحمهم الله قالوا هذا الجواب فيما إذا رفعها ولم يبرح عن ذلك المكان حتى وضعها في موضعها فاما إذا ذهب بها عن ذلك المكان ثم ردها إلى مكانها بضمن وجواب ظاهر الرواية مطلق عن هذا التفصيل مستغن عن هذا التأويل وقال الشافعي رحمه الله بضمن ذهب عن ذلك المكان أو لم يذهب وجه قوله أنه لما أخذها من مكانها فقد التزم حفظها بمنزلة قبول الوديعة فإذا ردها إلى مكانها فقد ضيعها بترك الحفظ الملتزم فاشبه الوديعة إذا ألقاها المودع على قارعة الطريق حتى ضاعت (ولنا) أنه أخذها محتسباً متبرعاً ليحفظها على صاحبها فإذا ردها إلى مكانها فقد فسخ التبرع من الأصل فصار كأنه لم يأخذها أصلاً وبه تبين أنه لم يلزم الحفظ وإنما تبرع به وقدره بالرد إلى مكانها فارتد وجعل كأن لم يكن هذا إذا كان أخذها لصاحبها ثم ردها إلى مكانها فضاة وصدقه صاحبها فيه أو كذبه لكن الملتقط قد كان أشهد على ذلك فإن كان لم يشهد يجب عليه الضمان عند أي حنيفة وعندهما لا يجب أشهد أو لم يشهد ويكون القول قوله مع يمينه أنه أخذها لصاحبها على ما ذكرنا ثم تفسير الشهاد على اللقطة أن يقول الملتقط بسمع من الناس أني التقطت لقطة أو عندى لقطة فأى الناس أنشدها فدلوه على أو يقول عندى شيء فمن رأيتموه يسأل شيئاً فدلوه على فإذا قال ذلك ثم جاء صاحبها فقال الملتقط قد هلكت كان القول قوله ولا ضمان عليه بالاجماع وإن كان عنده عشر لقطات لأن اسم الشيء واللقطة منكر أن كان يقع على شيء واحد ولقطة واحدة لغة لكن في مثل هذا الموضع يراد بها كل الجنس في العرف والعادة لا فرد من الجنس إذ المقصود من التعريف إيصال الحق إلى المستحق ومطلق الكلام ينصرف إلى المتعارف والمعتاد فكان هذا الشهاد أعلى الكل بدلالة العرف والعادة ولو أقر أنه كان أخذها لنفسه لا يبرأ عن الضمان الا بالرد على المالك لأنه ظهر أنه أخذها غصباً فكان الواجب عليه الرد إلى المالك لقوله عليه الصلاة والسلام على اليد ما أخذت حتى تردده فإذا عجز عن رد العين يجب عليه بدؤها كما في الغصب وكذلك إذا أخذ الضالة ثم أرسلها إلى مكانها الذي أخذها منه فحكمها حكم اللقطة لأن هذا أحد نوعي اللقطة وقد روي في هذا الباب عن سيدنا عمر رضي

الله عنه أنه قال لو أجد البعير الضال أرسله حيث وجدته وهذا يدل على انتفاء وجوب الضمان

**فصل** وأما بيان ما يصنع بها فنقول وبالله التوفيق إذا أخذ اللقطة فانه يعرفها لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال عرفها حولاً حين سئل عن اللقطة وروى أن رجلاً جاء إلى عبد الله بن سيدنا عمر رضي الله تعالى عنهما فقال اني وجدت لقطة فما تأمرني فيها فقال عرفها سنة وروى عن سيدنا عمر رضي الله عنه أنه أمر بتعريف البعير الضال ثم يقول الكلام في التعريف في موضعين أحدهما في مدة التعريف والثاني في بيان مكان التعريف أما مدة التعريف فيختلف قدر المدة لا اختلاف قدر اللقطة ان كان شيئاً له قيمة تبلغ عشرة دراهم فصاعداً يعرفه حولاً وان كان شيئاً قيمته أقل من عشرة يعرفه أياماً على قدر ما يرى وروى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة أنه قال التعريف على خطر المال ان كان مائة ونحوها عرفها سنة وان كان عشرة ونحوها عرفها شهراً وان كان ثلاثة ونحوها عرفها جمعة أو قال عشرة وان كان درهماً ونحوه عرفه ثلاثة أيام وان كان دنانيراً ونحوه عرفه يوماً وان كان نمرة أو كسرة تصدق بها وانما تكمل مدة التعريف اذا كان مما لا يتسارع اليه الفساد فان خاف الفساد لم تكمل ويتصدق بها وأما مكان التعريف فالاسواق وأبواب المساجد لأنها مجمع الناس وممرهم فكان التعريف فيها أسرع إلى تشهير الخبر ثم اذا عرفها فان جاء صاحبها وقام البيعة انهما ملكة أخذها لقوله عليه الصلاة والسلام من وجد عين ماله فهو أحق به وان لم يقيم البيعة ولكنه ذكر العلامة بان وصف عفاصها ووكاءها ووزنها وعددها محل الملتقط أن يدفع اليه وان شاء أخذ منه كفيلاً لان الدفع بالعلامة مما قد ورد به الشرع في الجملة كما في اللقيط الا ان هناك يجبر على الدفع وهنا لا يجبر لان هناك يجبر على الدفع بمجرد الدعوى فمع العلامة أولى وهنا لا عبرة بمجرد الدعوى بالاجماع فجاز أن لا يجبر على الدفع مع العلامة ولكن محل له الدفع وله أن يأخذ كفيلاً لجواز محبيء آخر فيدعيها ويقم البيعة ثم اذا عرفها ولم يحضر صاحبها مدة التعريف فهو بالخيار ان شاء أمسكها الى أن يحضر صاحبها وان شاء تصدق بها على الفقراء ولو أراد أن ينتفع بها فان كان غنياً لا يجوز أن ينتفع بها عندنا وعند الشافعي رحمه الله اذا عرفها حولاً ولم يحضر صاحبها كان له أن ينتفع بها وان كان غنياً وتكون قرضاً عليه واحتج بما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لمن سأل عن اللقطة عرفها حولاً فان جاء صاحبها والافشأ بك بها وهذا اطلاق الانتفاع للملتقط من غير السؤال عن حاله أنه فقير أو غني بل ان الحكم لا يختلف (ولنا) ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لا تحل اللقط فمن التخط شيئاً فليعرفه سنة فان جاء صاحبها فليردها عليه وان لم يأت فليصدق والاستدلال به من وجهين أحدهما أنه نفي الحل مطلقاً وحالة الفقر غير مرادة بالاجماع فتعين حالة الغنى والثاني أنه أمر بالتصدق ومصرف الصدقة للفقير دون الغنى وان الانتفاع بمال المسلم بغير اذنه لا يجوز الا للضرورة ولا ضرورة اذا كان غنياً وأما الحديث فلا حجة له فيه لان قوله عليه الصلاة والسلام فاشأ بك بها ارشاد الى الاشتغال بالحفظ لان ذلك كان شأنه المعهود باللقط الى هذه الغاية أو يحمله على هذا توفيقاً بين الحديثين صيانته لهما عن التناقض واذا تصدق بها على الفقراء فاذا جاء صاحبها كان له الخيار ان شاء أمضى الصدقة وله ثوابها وان شاء ضمن الملتقط أو الفقير ان وجدته لان التصديق كان موقوفاً على اجازته وأيهما ضمن لم يرجع على صاحبه كما في غاصب الغاصب وان كان فقيراً فان شاء تصدق بها على الفقراء وان شاء ألقها على نفسه فاذا جاء صاحبها أخيره بين الاجر وبين ان يضمها له على ما ذكرنا وكذلك اذا كان غنياً جاز له أن يتصدق بها على أبيه وابنه وزوجته اذا كانوا فقراء وكل جواب عرفته في لقطة الحل فهو الجواب في لقطة الحرم يصنع بها ما يصنع بلقط الحل من التعريف وغيره وهذا عندنا وعند الشافعي رحمه الله لقطة الحرم تعرف أبداً ولا يجوز الانتفاع بها بحال واحتج بما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال في صفة مكة ولا تحل لقطتها الا لمنشد أي لمعرف فالمنشد المعروف والناشد الطالب وهو المالك ومعنى الحديث أنه لا تحل لقطة الحرم الا للتعريف (ولنا) ما ذكرنا من الدلائل من غير فصل بين لقطة الحل والحرم ولا حجة له في الحديث لانا نقول بموجبه أنه لا يحل التقاطها الا



للتعريف وهذا حال كل لقطة إلا أنه خص عليه الصلاة والسلام لقطة الحرم بذلك لما لا يوجد صاحبها عادة فتبين  
أن ذلك لا يسقط التعريف وكذلك حكم الضالة في جميع ما وصفنا وتنفرد بحكم آخر وهو النفقة فإن اتفق عليها بامر  
القاضي يكون ديناً على مالكها وإن اتفق بغير إذنه يكون متطوعاً فينبغي أن يرفع الأمر إلى القاضي ينظر في ذلك فإن  
كانت بهيمة يحتمل الانتفاع بها بطريق الاجارة أمره بأن يؤاجرها وينفق عليها من أجرها نظراً للمالك وإن  
كانت مما لا يحتمل الانتفاع بها بطريق الاجارة وخشى أن لو اتفق عليها أن تستغرق النفقة قيمتها أمره ببيعها  
وحفظ ثمنها مقامها في حكم الهلاك وإن رأى الصالح أن لا يبيعها بل ينفق عليها أمره بأن ينفق عليها لكن نفقة  
لا تزيد على قيمتها ويكون ذلك ديناً على صاحبها حتى إذا حضر يأخذ منه النفقة وله أن يحبس اللقطة بالنفقة كما  
يحبس المبيع بالثمن وإن أبى أن يؤدي النفقة باعها القاضي ودفع إليه قدر ما أتفق والله سبحانه وتعالى أعلم

— — — — —

### كتاب الأبق

الكلام في هذا الكتاب في مواضع في تفسير الأبق وفي بيان حاله وفي بيان ما يصنع به وفي بيان حكم ماله  
(أما) الأول فالأبق اسم لرقيق يهرب من مولاه وأما حاله فحال اللقطة قبل الأخذ وبعده وقد ذكرنا تفصيله  
في كتاب اللقطة

﴿فصل﴾ وأما بيان ما يصنع به فنقول وبالله التوفيق إذا أخذ الأبق لصاحبه فإن شاء الأخذ أمسكه على صاحبه  
حتى يحبس فيأخذه وإن شاء ذهب به إلى صاحبه فرده عليه فإن أمسكه فجاء إنسان وادعى أنه عبده فإن أقام البينة  
دفعه إليه وأخذ منه كفيلاً إن شاء لجواز أن يحبس آخر فديعه ويقم البينة فله أن يستوثق بكفيل وإن لم يكن له بينة  
ولكن أقر العبد بذلك دفعه إليه أيضاً لأنه ادعى شيئاً لا ينافي فيه أحد فيكون له ويأخذ منه كفيلاً إن شاء لما قلنا  
وما أتفق عليه فإن كان باذن القاضي يرجع به على صاحبه والأفلا لأنه يكون متطوعاً فإن طالبت المدة ولم يحبس له  
طالب باعه القاضي وأخذ ثمنه يحفظه على صاحبه لأن ذلك حفظ له معنى فإن باعه وأخذ ثمنه ثم جاء إنسان وأقام  
البينة أنه عبده دفع الثمن إليه وليس له أن يتقضى البيع لأن البيع من القاضي صدر عن ولاية شرعية لأنه من باب  
حفظ ماله أذ لم يبيع لانت النفقة على جميع قيمته فيضيع المال فكان بيعه حفظاً له من حيث المعنى والقاضي  
يملك مال الغائب ولهذا يبيع ما يتسارع إليه الفساد ولو زعم المدعى أنه قد كان دبره أو كاتبه لم يصدق في تقض  
البيع لما قلنا وينفق القاضي عليه في مدة حبسه إياه من بيت المال ثم إذا جاء صاحبه أخذه من صاحبه أو من ثمنه  
إن باعه لأن الأبق عليه أحياء ماله فيكون عليه وإذا جاء بالأبق له أن يمسكه بالجعل لأنه إذا جاء به فقد استحق الجعل  
على مالكه فكان له حق حبسه بالجعل كما يحبس المبيع لاستيفاء الثمن ولو هلك في حال الحبس لا ضمان عليه لكن  
يسقط الجعل كما لا ضمان على البائع بهلاك المبيع المحبوس بالثمن لكن يسقط الثمن عن المشتري ولا يقبل كتاب  
القاضي إلى القاضي في الرقيق في قول أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف يقبل في العبد ولا يقبل في الجارية وهذه  
المسئلة في كتاب القاضي في بيان شرائط قبول كتاب القاضي إلى القاضي

﴿فصل﴾ وأما بيان حكم ماله فهو استحقاق الجعل عندنا استحقاقاً والكلام في الجعل في مواضع في بيان  
أصل الاستحقاق وفي بيان سببه وفي بيان شرطه وفي بيان ما يستحق عليه وفي بيان قدر المستحق (أما) أصل  
الاستحقاق فثبت عندنا استحقاقاً والقياس أن لا يثبت أصلاً كما لا يثبت برد الضالة وقال الشافعي رحمه الله ثبت  
بالشرط ولا يثبت بدونه حتى لو شرط الأخذ الجعل على المالك وجب والأفلا (وجه) قول الشافعي رحمه الله أنه رد  
مال الغير عليه محتسباً فلا يستحق الاجر كما لو رد الضالة إلا إذا شرط فيجب عليه بحكم الشرط لقوله عليه الصلاة والسلام  
المسلمون عند شروطهم (ولنا) ما رواه محمد بن الحسن عليه الرحمة عن أبي عمر والشيباني أنه قال كنت قاعداً عند عبد الله

ابن مسعود فجاء رجل فقال قدم فلان بآبق من القوم فقال القوم لقد أصاب أجرة فقال عبد الله رضى الله عنه وجعلان شاء من كل رأس درهما ولم ينقل أنه أنكر عليه منكر فيكون اجماعا ولا ن جعل الآبق طريق صيانة عن نضياع لانه لا يتوصل اليه بالطلب عادة اذ ليس له مقام معلوم يطلب هناك فلو لم يأخذه لضاع ولا يؤخذ لصاحبه ويتحمل مؤنة الاخذ والرد عليه بجنا بلا عوض عادة واذا علم أن له عليه جملا يحمل مشقة الاخذ والرد طمعا في الجعل فتحصل الصيانة عن النضياع فكان استحقاق الجعل طريق صيانة الآبق عن النضياع وصيانة المال عن النضياع واجب فكان المالك شارطا للاجر عند الاخذ والرد دلالة بخلاف الضالة لان الدابة اذا ضلت فانها ترعى في المراعى المألوفة فيمكن الوصول اليها بالطلب عادة فلا تضيع دون الاخذ فلا حاجة الى الصيانة بالجعل فان أخذه أحد كان في الاخذ والرد محتسبا فلا يستحق الاجر فهو الفرق وأما سبب استحقاق الجعل فهو الاخذ لصاحبه لانه طريق الصيانة على المالك وهو معنى التسبب

**فصل** وأما شرائط الاستحقاق فأنواع (منها) الرد على المالك لان الصيانة تحصل عنده وهو معنى الشرط ان توجد العلة عند وجوده حتى لو أخذه فبات أو أبق من يده قبل الرد لا يستحق الجعل ولو أخذه فأبق من يده فأخذه غيره فرده على المالك فالجعل للثاني ولا شيء للاول لانه لما أبق من يده فقد انقضى ذلك السبب أو بقي ذلك سببا محضالا لعدم شرطه وهو الرد على المالك وقد وجد السبب والشرط من الثاني فكان الاول صاحب سبب محض والسبب المحض لا يحكم له والثاني صاحب علة فيكون الجعل له ولو كان الراد واحدا والآبق اثنين فله جعلان لوجود سبب الاستحقاق وشرطه في كل واحد منهما ولو كان الراد اثنين والآبق واحد فلهما جعل واحد بينهما نصفان لا اشتراكهما في مباشرة السبب والشرط ولو كان الراد واحدا والآبق واحد والمالك اثنين فعليهما جعل واحد على قدر ملكيهما ولوجاء بالآبق فوجد المالك قدمات فله الجعل في تركته لوجود الرد على المالك من حيث المعنى بأرد على التركة ثم ان كان عليه دين محيط بماله فهو أحق بالعبد حتى يعطى الجعل لماذا كرنا وان لم يكن له مال سوى العبد يقدم الجعل على سائر الديون فيباع العبد ويبدأ بالجعل من ثمنه ثم يقسم الباقي بين الغرماء لانه كان أحق بحبسه من بين سائر الغرماء لاستيفاء الجعل فكان أحق بثمنه بقدر الجعل كالمترهن هذا اذا جاء به أجنبي فوجد المالك قدمات فأما اذا جاء به وارث الميت فوجد مورثه قدمات فله الجعل عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله اذا كان المالك حيا وقت الاخذ وعند أبي يوسف لا جعل له وان كان حيا وقت الاخذ اذ اقامت قبل الوصول اليه (وجه) قوله انه فات شرط الاستحقاق وهو الرد على المالك لانه رد على نفسه (وجه) قولهما أن المجني به من مسيرة ثلاثة أيام مثلا في حال حياة المالك على قصد الرد على المالك فيستحق الجعل كما اذا وجد حيا ولهذا لو كان الراد أجنبيا استحق الجعل لما قلنا كذا هذا ولوجاء به فأعتقه مولا قبل أن يرده عليه أو باعه منه فله الجعل لماذا كرنا أن المجني به على قصد الرد على المالك رد عليه ويجب الجعل بردا الآبق المهرون لوجود سبب الوجوب وشرطه وهو الرد على المالك الا انه يجب على المترهن لان منفعة الصيانة رجعت اليه ألا ترى انه لو ضاع يسقط دينه بقدر قيمته فاذا كانت المنفعة له كانت المضرة عليه لقوله عليه الصلاة والسلام الخراج بالضمان وسواء كان الراد بالغاً أو صبياً حراً أو عبداً لان الصبي من أهل استحقاق الاجر بالعمل وكذا العبد الا أن الجعل لمولاه لانه ليس من أهل ملك المال والله سبحانه وتعالى أعلم (ومنها) أن لا يكون الراد على المالك في عيال المالك حتى لو كان في عياله لا جعل له سواء كان وارثاً أو أجنبياً لانه اذا كان في عياله كان الردمه بمنزلة رد المالك ولانه اذا كان في عياله كان في الرد عليه عاملاً لنفسه لان منفعة الرد تعود اليه ومن عمل لنفسه لا يستحق الاجر على غيره والاصل أن الراد اذا كان في عيال المالك لا جعل له كائنا ما كان وان لم يكن في عياله فله الجعل كائنا ما كان الا الابن يرد آبق ابيه والزوج يرد آبق زوجته انه لا جعل لهما وان لم يكونا في عيالهما لان الابن وان لم يكن في عيال أبيه فالردمه يجرى مجرى الخدمة لابيه والابن لا يستحق الاجر بخدمة أبيه لانها

مستحقة عليه ولهذا الواستأجر ابنه لخدمته لا يستحق الاجر بخلاف الاب مع ما أن الاولاد في العادات يحفظون أموال الآباء لطمع الانتفاع بها بطريق الارث فكان راداً عبد نفسه معنى اذ كان بالرد عاملاً لنفسه فلا يستحق الاجر وكذلك الزوج اذ ارد عبد زوجته فقد رد عبد نفسه معنى لانه ينتفع بها لعادة وكذلك لا تقبل شهادة كل واحد منهما للآخر فلا يستحق الجعل (وأما) الاب اذ ارد عبد ابنه فان كان في عياله لا جعل له لان الاجني الذي في عياله لا جعل له فالقربة أولى وان لم يكن في عياله فله الجعل لان الاب لا يستخدم طبعاً وشرعاً وعقلاً ولهذا لو خدم بالاجر وجب الاجر فلا يمكن حمله على الخدمة فيحمل على طلب الاجر وكذا الآباء لا يحفظون أموال الاولاد للانتفاع بها بطريق الارث لان موتهم يتقدم موت الاولاد عادة فلم يتحقق معنى الرد والعمل لنفسه لذلك افرق الامران وعلى هذا سائر ذوى الارحام من الاخ والعمة والخال وغيرهم ان اراد ان كان في عياله المالك لا جعل له لما قلنا وان لم يكن في عياله فله الجعل وعلى هذا الوصي اذ ارد عبد اليتيم لا جعل له لان اليتيم في عياله وحفظ ماله مستحق عليه فلا يستحق الجعل على الرد وكذا عبد الوصي اذ ارد عبد اليتيم لان رد عبده كرده (ومنها) أن يكون المردود مرقوقاً مطلقاً كالقن والمدبر وأم الولد حتى لو كان مكاتباً لا جعل له لانه ليس بمرقوق على الاطلاق بل هو بما يرجع الى مكاسبه حر ولهذا لم يتناوله مطلق اسم المملوك في قول الرجل كل مملوك لى حراً بالنية بخلاف المدبر وأم الولد ولان استحقاق الجعل معلول بالصيانة عن الضياع ولا حاجة الى الصيانة في المكاتب لانه لا يهرب عادة لان العقد في جانبه غير لازم فلو لم يقدر على بدل الكتابة يعجز شسبه بالآباء عن الكسب بخلاف المدبر وأم الولد لانهما يستخدمان عادة فلهما يكفان ما لا يطيقان فيحملهما ذلك على الهرب فتقع الحاجة الى الصيانة بالجعل كما في القن الا أن الفرق بينهما وبين القن انه اذا جاء بالقن وقدمات المولى قبل أن يصل اليه فله الجعل وان جاء بالمدبر وأم الولد وقدمات المولى قبل الوصول اليه لا جعل له (ووجه) الفرق ظاهر لانهما يعتقان بموت السيد فلم يوجدرد المرقوق أصلاً فلا يستحق الجعل بخلاف القن والله سبحانه وتعالى أعلم

**فصل** وأما بيان من يستحق عليه فالمستحق عليه هو المالك اذا أبق من يده لان الجعل مؤنة ارد ومنفعة الرد عائدة الى المالك فكانت المؤنة عليه ليكون الخراج بالضمان ولو أبق عبد الرهن من يد المرتهن فالجعل عليه لان منفعة الرد تعود اليه باعتبار الحبس الذي هو وسيلة الى استيفاء الدين فان كان في قيمة العبد فضل على الدين يجب بقدر الدين على المرتهن والزيادة على الزمان والله عز وجل أعلم

**فصل** وأما بيان قدر المستحق في نظر ان رده من مسيرة ثلاثة أيام فصاعداً فله أر بعون درهمين وبنان من حديث عبد الله بن مسعود رضي الله عنهما وان رده دون ذلك فبحسابه وان رده من أقصى المصر رضخ له على قدر عنائه وتعبه لان الواجب بمقابلة العمل فيقدره الا أن الزيادة على مدة السفر سقط اعتبارها بالشرع فيبقى الواجب في المدة بمقابلة العمل فيزداد بزيادته وينقص بنقصانه هذا اذا كانت قيمة العبد أكثر من الجعل فان كانت مثل الجعل أو أقل منه ينقص من قيمته درهم عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف له الجعل تاما وان كانت قيمة العبد درهما واحدا واحتج بما روينا عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنهما أنه قال من كل رأس أر بعين درهما اعتبر الرأس دون القيمة (وجه) قولهما ان الواجب معلول بمعنى الصيانة عن الضياع لما ذكرنا ولا فائدة في هذه الصيانة لو اعتبر الرأس دون القيمة لانه ان كان يصان من وجهه يضيع من وجهه آخر فلا فرق بين الضياع وتركه الاخذ والامساك وبين الضياع بالجعل فلا بد أن ينقص من قيمته درهم ليكون الصون بالاخذ مفيداً والحديث محمول على ماذا كانت قيمة كل رأس أكثر من أر بعين درهما توفيقاً بين الدلائل بقدر الامكان والله عز وجل أعلم

### ﴿ كتاب السباق ﴾

الكلام في هذا الكتاب في موضعين في تفسير السباق وفي بيان شرائط جوازه (أما) الأول فالسباق فعال من السبق وهو أن يسابق الرجل صاحبه في الخيل أو الابل ونحو ذلك فيقول أن سبقتك فكذا، إن سبقتني فكذا ويسمى أيضاً هانافعلاً من الرهن

﴿فصل﴾ وأما شرائط جوازه فأشياء (منها) أن يكون في الأنواع الأربع الخافرة والخف والنصل والقدم لا في غيرها لما روى عليه الصلاة والسلام أنه قال لا سبق إلا في خف أو حافر أو نصل إلا أنه زيد عليه السبق في القدم بحديث سيدتنا عائشة رضي الله عنها فقها وراءه بقى على أصل النفي ولا نهى للعب واللعب حرام في الأصل إلا أن اللعب بهذه الأشياء صار مستثنى من التحريم شرعاً لقوله عليه الصلاة والسلام كل لعب حرام إلا ملاعبة الرجل امرأته وقوسه وفرسه حرم عليه الصلاة والسلام كل لعب واستثنى الملاعبة بهذه الأشياء المخصوصة فبقيت الملاعبة بما وراءها على أصل التحريم إذا لا استثناء تكلم بالباقي بعد الثبوت وكذا المسابقة بالخف صارت مستثناة من الحديث وبما روى عن سعيد بن المسيب أنه قال إن العضباء ناقة رسول الله صلى الله عليه وسلم كانت تسبق كلما دفعت في سباق فدعت يوماً في ابل فسبقت فكانت على المسلمين كآفة أذسبقت فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم إن الناس إذا رموا شيئاً أو أرادوا رفع شيء وضعه الله وكذا السبق بالقدم لما روت سيدتنا عائشة رضي الله عنها أنها قالت سألت النبي عليه الصلاة والسلام فسبقت فلبسحت اللحم ساقته فسبقتني فقلت هذا ابتلك فصارت هذه الأنواع مستثناة من التحريم فبقى ما وراءها على أصل الحرمة ولأن الاستثناء يحتمل أن يكون لمعنى لا يوجد في غيرها وهو الرياضة والاستعداد لأسباب الجهاد في الجملة فكانت لعباً بصورة ورياضة وتعلم أسباب الجهاد فيكون جائزاً إذا استجمع شرائط الجواز ولئن كان لعباً لكن اللعب إذا تعلقت به عاقبة حميدة لا يكون حراماً ولهذا استثنى ملاعبة الأهل لتعلق عاقبة حميدة بها وهو انبعاث الشهرة الداعية إلى الوطء الذي هو سبب التوالد والتناسل والسكنى وغير ذلك من العواقب الحميدة وهذا المعنى لا يوجد في غير هذه الأشياء فلم يكن في معنى المستثنى فبقى تحت المستثنى (ومنها) أن يكون الخطر فيه من أحد الجانبين إلا إذا وجد فيه محلاً حتى لو كان الخطر من الجانبين جميعاً ولم يدخل فيه محلاً لا يجوز لأنه في معنى القمار نحو أن يقول أحدهما لصاحبه إن سبقتني فلك على كذا وإن سبقتك فلي عليك كذا فقبل الآخر ولو قال أحدهما لصاحبه إن سبقتني فلك على كذا وإن سبقتك فلا شيء عليك فهو جائز لأن الخطر إذا كان من أحد الجانبين لا يحتمل القمار فيحمل على التحريم على استعداد أسباب الجهاد في الجملة بما له نفسه وذلك مشروع كالتنفيل من الامام وبل أولى لأن هذا يتصرف في مال نفسه بالبدل والامام بالتنفيل يتصرف فيما غيره فيه حق في الجملة وهو الغنيمة فلما جاز ذلك فهذا الجواز أولى وكذلك إذا كان الخطر من الجانبين ولكن أدخل فيه محلاً بأن كانوا ثلاثة لكن الخطر من الاثنين منهم ولا خطر من الثالث بل إن سبق أحد الخطرين وإن لم يسبق لا يغرماً شيئاً فهذا مما لا بأس به أيضاً وكذلك ما يفعله السلاطين وهو أن يقول السلطان لرجلين من سبق منكافله كذا فهو جائز لما بينا أن ذلك من باب التحريم على استعداد أسباب الجهاد خصوصاً من السلطان فكانت ملحقة بأسباب الجهاد ثم الامام إذا حرض واحداً من الغزاة على الجهاد بأن قال من دخل هذا الحصن أولاً فله من النفل كذا ونحوه جاز كذا هذا وبل أولى لما بينا (ومنها) أن تكون المسابقة فيما يحتمل أن يسبق ويسبق من الأشياء الأربع حتى لو كانت فيما يعلم أنه يسبق غالباً لا يجوز لأن معنى التحريم في هذه الصورة لا يتحقق فبقى الرهان التزام المال بشرط لا منفعة فيه فيكون عبثاً ولعباً والله تعالى أعلم

### كتاب الودیعة

الكلام في هذا الكتاب يقع في مواضع في بيان ركن العقد وفي بيان شرائط الركن وفي بيان حكم العقد وفي بيان حال المعقود عليه وفي بيان ما يوجب تغير حاله (أما) ركنه فهو الإيجاب والقبول وهو أن يقول لغيره أودعك هذا الشيء أو أحفظ هذا الشيء على أو خذ هذا الشيء وديعة عندك وما يجري مجراه ويقبله الآخر فإذا وجد ذلك فقد تم عقد الودیعة

**فصل** وأما شرائط الركن فأنواع (منها) عقل المودع فلا يصح الإيداع من المجنون والصبي الذي لا يعقل لأن العقل شرط أهلية التصرفات الشرعية (وأما) بلوغه فليس بشرط عندنا حتى يصح الإيداع من الصبي المأذون لأن ذلك مما يحتاج إليه التاجر فكان من توابع التجارة فيملكه الصبي المأذون كما يملك التجار وعند الشافعي رحمه الله لا يملك التجارة فلا يملك توابعها على ما ذكر في كتاب المأذون وكذا حر به ليست بشرط فيملك العبد المأذون الإيداع لما قلنا في الصبي المأذون (ومنها) عقل المودع فلا يصح قبول الودیعة من المجنون والصبي الذي لا يعقل لأن حكم هذا العقد هو لزوم الحفظ ومن لا عقل له لا يكون من أهل الحفظ (وأما) بلوغه فليس بشرط حتى يصح قبول الودیعة من الصبي المأذون لأنه من أهل الحفظ ألا ترى أنه إذا له الولي ولو لم يكن من أهل الحفظ لكان الأذن له سفيها (وأما) الصبي المحجور عليه فلا يصح قبول الودیعة منه لأنه لا يحفظ المال عادة ألا ترى أنه منع منه ماله ولو قبل الودیعة فاستهلكها فإن كانت الودیعة عبداً أو أمة يضمن بالاجماع وإن كانت سواهما فإن قبلها باذن الولي فكذلك وإن قبلها بغير إذنه لا ضمان عليه عند أبي حنيفة ومحمد وعبد أبي يوسف يضمن (وجه) قوله أن إيداعه لو صح فاستهلك الودیعة يوجب الضمان وإن لم يصح جعل كأنه لم يكن فصار الحال بعد العقد كالحال قبله ولو استهلكها قبل العقد لوجب عليه الضمان إذا كانت الودیعة عبداً أو أمة (وجه) قوله ما أن إيداع الصبي المحجور اهلاك للمال معنى فكان فعل الصبي اهلاك مال قائم بصورة لا معنى فلا يكون مضموناً عليه ودلالة ما قلنا أنه لما وضع المال في يده فقد وضع في يده من لا يحفظه عادة ولا يلزمه الحفظ شرعاً ولا شك أنه لا يجب عليه حفظ الودیعة شرعاً لأن الصبي ليس من أهل وجوب الشرائع عليه والدليل على أنه لا يحفظ الودیعة عادة أنه منع عنه ماله ولو كان يحفظ المال عادة لدفع إليه قال الله تبارك وتعالى فان أنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم وبهذا فارق المأذون لأنه لا يحفظ المال عادة ألا ترى أنه دفع إليه ماله ولو لم يوجد منه الحفظ عادة لكان الدفع إليه سفيها بخلاف ما إذا كانت الودیعة عبداً أو أمة لأن هناك لا يجب عليه ضمان المال أيضاً وإنما يجب عليه ضمان الدم لأن الضمان الواجب بقتل العبد ضمان آدمي لا ضمان المال والعبد من حيث أنه آدمي قائم من كل وجه قبل الإيداع وبعده فهو الفرق وكذلك حرية المودع ليست بشرط لصحة العقد حتى يصح القبول من العبد المأذون ويترب عليه أحكام العقد لأنه يحتاج إلى الإيداع والاستيداع على ما ذكر في كتاب المأذون (وأما) العبد المحجور فلا يصح منه القبول لأنه لا يحفظ المال عادة ولو قبلها فاستهلكها فإن كانت عبداً أو أمة يؤمر المولى بالدفع أو القداء وإن كانت سواهما فإن قبلها باذن وليه يضمن بالاجماع وإن قبلها بغير إذن وليه لا يؤخذ به في الحال عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف يؤخذ به في الحال والكلام في الطرفين على حسب ما ذكرنا في الصبي المحجور

**فصل** وأما بيان حكم العقد فحكمه لزوم الحفظ للمالك لأن الإيداع من جانب المالك استمخفاً ومن جانب المودع التزام الحفظ وهو من أهل الالتزام فيلزمه لقوله عليه الصلاة والسلام المسلمون عند شروطهم والكلام في الحفظ في موضعين أحدهما فيما يحفظ به والثاني فيما فيه يحفظ (أما) الأول فالاستحفاظ لا يخلو من أن يكون مطلقاً أو مقيداً فإن كان مطلقاً فلمودع أن يحفظ بيد نفسه ومن هو في عياله وهو الذي يسكن معه ويمونه فيكفيه

طعامه وشرابه وكسوته كائن من كان قريباً أو اجنبياً من ولده وامرأته وخدمه وأجيريه لا الذي استأجره بالدرهم والدنيا ويروى من ليس في عياله من يحفظ ماله بنفسه عادة كشر يكة المقاموس والعنان وعبد المأذون وعبد المعزول عن بيته هذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله ليس له أن يحفظ إلا بيد نفسه إلا أن يستعين بغيره من غير أن يغيب عن عينه حتى لو فعل يدخل في ضمانه (وجه) قوله أن العقد تناوله دون غيره فلا يملك إلا يداع من غيره كما لا يملك إلا يداع سائر الأجانب (ولنا) أن الملتزم بالعقد هو الحفظ والالتزام لا يلزم بحفظ مال غيره عادة إلا بما يحفظ به مال نفسه وأنه يحفظ مال نفسه بيده مرة ويدهو لاء أخرى فله أن يحفظ الوديعة بيدهم أيضاً فكان الحفظ بأيديهم داخل تحت العقد دلالة وكذلك أنه ان برد الوديعة على أيديهم حتى لو هلك قبل الوصول إلى المالك لا ضمان عليه لأن يدهم يد المودع معنى فإدام المال في أيديهم كان محفوظاً بحفظه وليس له أن يدفع الوديعة إلى غيرهم إلا لعذر حتى لو دفع تدخل في ضمانه لأن المالك مريض بيده لا يرى أنه لا يرضى مال نفسه بيده فإذا دفع فقد صار مخالفاً فتدخل الوديعة في ضمانه إلا إذا كان عن عذر بان وقع في داره حريق أو كان في السفينة تخاف الغرق فدفعه إلى غيره لأن الدفع إليه في هذه الحالة تعين طريقاً للحفظ فكان الدفع باذن المالك دلالة فلا يضمن فلواراد السفر فليس له أن يودع لأن السفر ليس بعذر ولو أودعها عند من ليس له أن يودعه فضاغت في يد الثاني فالضمان على الأول لا على الثاني عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد المالك بالخيار ان شاء ضمن الأول وان شاء ضمن الثاني فان ضمن الأول لا يرجع بالضمان على الثاني وان ضمن الثاني يرجع به على الأول (وجه) قولهما أنه وجد من كل واحد منهما سبب وجوب الضمان أما الأول فلا نه دفع مال الغير إلى غيره بغير إذنه وأما الثاني فلا نه قبض مال الغير بغير إذنه وكل واحد منهما سبب وجوب الضمان فيخير المالك ان شاء ضمن الأول وان شاء ضمن الثاني كمودع الغاصب مع الغاصب غير أنه ان ضمن الأول لا يرجع بالضمان على الثاني لأنه لا يملك الوديعة ببدء الضمان فتبين أنه أودع ماله نفسه إياه فهذا مودع هلك الوديعة في يده فلا شيء عليه وان ضمن الثاني يرجع بالضمان على الأول لأن الأول غره باليداع فيلزمه ضمان الغرور كأنه كفل عنه بما يلزمه من العهدة في هذا العقد اضمأن الغرور ضمان كفالة لما علم (وجه) قول أبي حنيفة أن يد المودع الثاني ليست بيد مائة بل هي يد حفظ وصيانة الوديعة عن أسباب الهلاك فلا يصلح أن يكون سبباً وجوب الضمان لأنه من باب الإحسان إلى المالك قال الله تعالى جل شأنه ما على المحسنين من سبيل وكان ينبغي أن لا يجب الضمان على الأول أيضاً لأن اليداع منه مباشرة سبب الصيانة والحفظ له فكان محسناً فيه إلا أنه صار مخصوصاً عن النص فبقى المودع الثاني على ظاهره ولو أودع غيره وادعى أنه فعل عن عذر لا يصدق على ذلك إلا ببينة عند أبي يوسف وهو قياس قول أبي حنيفة رحمه الله كذا ذكر الشيخ القدوري رحمه الله لأن الدفع إلى غيره سبب وجوب الضمان في الأصل فدعوى الضرورة دعوى أمر عارض يريد به دفع الضمان عن نفسه فلا يصدق إلا بحجة هذا إذا هلك الوديعة في يد المودع الثاني فاما إذا استهلكها فالمالك بالخيار ان شاء ضمن الأول وان شاء ضمن الثاني بالاجماع غير أنه ان ضمن الأول يرجع بالضمان على الثاني وان ضمن الثاني لا يرجع بالضمان على الأول لأن سبب وجوب الضمان وجد من الثاني حقيقة وهو الاستهلاك لوقوعه اعجازاً للمالك عن الانتفاع بماله على طريق القهر ولم يوجد من الأول إلا الدفع إلى الثاني على طريق الاستحفاظ دون الاعجاز إلا أنه ألحق ذلك بالاعجاز شرعاً في حق اختيار التضمين بصورة لأنه باشر سبب الاعجاز فكان الضمان في الحقيقة على الثاني لأن اقرار الضمان عليه لذلك لم يرجع الأول على الثاني ولم يرجع الثاني على الأول بخلاف مودع الغاصب إذا هلك المنصوب في يده ان المالك يتخير بين ان يضمن الغاصب أو يضمن المودع فان ضمن الغاصب لا يرجع بالضمان على المودع وان ضمن المودع يرجع به على الغاصب وقد تقدم الفرق وعلى هذا إذا أودع رجل من رجلين مالا فان كان محتملاً للقسمة اقتسماه وحفظ كل واحد منهما نصفه لأنه لما أودعه من رجلين فقد استحفظهما جميعاً فلا بد وان تكون الوديعة في حفظهما جميعاً ولا تتحقق إلا بالقسمة ليكون النصف في يدهما والنصف في يدهما

والحل محتمل للقسمة فيقتسمان نصفين ولو سلم أحدهما النصف الى صاحبه فضاغت فمن المسلم نصف الوديعة عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد لا يضمن القابض شيئاً بالاجماع ولو كانت الوديعة مما لا يحتمل القسمة فلكل واحد منهما ان يسلم الكل الى صاحبه واذا فعل فضاغت لاضمان عليه بالاجماع وجه قوله ان المالك لما استخفظها فقد رضى بيد كل واحد منهما على كل الوديعة كما اذا لم تكن الوديعة محتملة للقسمة (وجه) قول أبي حنيفة ان المالك استخفظ كل واحد منهما في بعض الوديعة لا في كلها فكان راضياً بثبوت يد كل واحد منهما على البعض دون الكل وهذا لما ذكرنا انه لما استخفظهما جميعاً فلا بد ان يكون المال في حفظهما جميعاً ولا يمكن ان يكون كله في يد كل واحد منهما الاستحالة فيقسم ليكون النصف في يد أحدهما والنصف في يد الآخر فاذا كان الحل محتملاً للقسمة لم يكن راضياً بكون الكل في يد أحدهما فاذا فعل فقد خالفه فدخل في ضمانه فاذا ضاع ضمن بخلاف ما اذا لم يكن محتملاً للقسمة لانه اذا لم يحتمل تعذر ان يكون كله في حفظ كل واحد منهما على التوزيع في زمان واحد فكان راضياً بكونه في يد كل واحد منهما في زمانين على التهاين فلم يصير مخالفاً بالدفع فهو الفرق وعلى هذا الخلاف الذي ذكرنا المرتبة ان والوكيلان بالشراء اذا كان المرهون والمشتري مما يحتمل القسمة فسلمه أحدهما الى صاحبه وأما الثاني وهو الكلام فيما فيه تحفظ الوديعة فان كان العقدم مطلقاً فله ان يحفظها فيما يحفظ فيه مال نفسه من داره وحائوته وكيسه وصندوقه لانه ما التزم حفظها الا فيما يحفظ فيه مال نفسه وليس له ان يحفظ في حرز غيره لان حرز غيره في يد ذلك الغير ولا يملك الحفظ بيده فلا يملكه بما في يده أيضاً الا اذا استأجر حرزاً لنفسه فله ان يحفظ فيه لان الحرز في يده فافى الحرز يكون في يده أيضاً فكان حافظاً بيد نفسه فملك ذلك وله ان يحفظ الحضر والسفر بان يسافر بها عند أبي حنيفة سواء كان للوديعة حمل ومؤنة أو لم يكن وعند أبي يوسف ومحمد ان كان لها حمل ومؤنة لا يملك المسافرة بها وان لم يكن يملك وعند الشافعي رحمه الله لا يملك كيف ما كان أما الكلام مع الشافعي رحمه الله فوجه قوله ان المسافرة بالوديعة تضيق المال لان المقازة مضيقه قال النبي عليه أفضل التحية المسافر وماله على قلب الاماوى الله فكان التحويل اليها تضيقاً فلا يملكه المودع (ولنا) ان الامر بالحفظ صدر مطلقاً عن تعيين المكان فلا يجوز التعيين الا بدليل قوله المقازة مضيقه قلنا ممنوع او نقول اذا كان الطريق مخوفاً أما اذا كان آمناً فلا والكلام فيما اذا كان الطريق آمناً والحديث محمول على ابتداء الاسلام حين كانت الغلبة للكفرة وكانت الطريق مخوفة ونحن به نقول وأما الكلام مع أصحابنا رضى الله عنهم فوجه قوله ان في المسافرة بماله حمل ومؤنة ضرراً بالمالك لجواز ان يموت المودع في السفر فيحتاج الى الاسترداد من موضع لا يمكنه ذلك الا بحمل ومؤنة عظيمة فيتضرر به ولا كذلك اذا لم يكن لها حمل ومؤنة ولا في حنيفة على نحو ما ذكرنا مع الشافعي رحمه الله ان الامر بالحفظ لا يترتب لمكان دون مكان ولا يجوز تقييد المطلق من غير دليل قوله ما فيه ضرر قلنا هذا النوع من الضرر ليس بغالب فلا يجب دفعه على انه ان كان فهو الذي اضر بنفسه حيث أطلق الامر ومن لم ينظر لنفسه لا ينظر له هذا اذا كان العقدم مطلقاً عن شرط في الفصلين جميعاً فاما اذا شرط فيه شرطاً نظيره ان كان شرطاً يمكن اعتباره ويفيد اعتباراً ولا فلا بيان ذلك اذا أمره بالحفظ وشرط عليه ان يسكبها بيده ليلاً ونهاراً ولا يضعها بالشرط باطل حتى لو وضعها في بيته أو في البحر فيه ماله عادة فضاغت لاضمان عليه لان امسالك الوديعة بيده بحيث لا يضعها أصلاً غير مقدور له عادة فكان شرطاً لا يمكن مراعاته فيلغو ولو أمره بالحفظ ونهاه ان يدفعها الى امرأته أو عبده أو ولده الذي هو في عياله أو من يحفظ مال نفسه بيده عادة نظيره ان كان لا يجذب دأمن الدفع اليه لانه اذا لم يجذب دأمن الدفع اليه كان التهي عن الدفع اليه نهياً عن الحفظ فكان سفهاً فلا يصح نهيه وان كان لا يجذب دأمن الدفع اليه ليس له ان يدفع ولو دفع بدخل في ضمانه لانه اذا كان له منه بد في الدفع اليه أمكن اعتبار الشرط وهو مفيد لان الايدي في الحفظ متفاوتة والاصل في الشروط اعتبارها ما أمكن ولو قال لا تخرجها من الكوفة فخرج بها تدخل في ضمانه لانه شرط يمكن اعتباره وهو مفيد

لان الحفظ في المصر اكل من الحفظ في السفر اذا السفر موضع الخطر الا اذا خاف التلف عليها فاضطر الى الخروج بها  
مخرج لا تدخل في ضمانه لان الخروج بها في هذه الحالة طريق متعين للحفظ كما اذا وقع في داره حريق أو كان في سفينة  
تخاف الغرق فدفعها الى غيره ولو قال له احفظ الوديعة في دارك هذه لحفظها في داره أخرى فان كانت الدار ان في  
الحرز سواء أو كانت الثانية أحرز لا تدخل في ضمانه لان التقييد غير مفيد وان كانت الاولى أحرز من الثانية دخلت  
في ضمانه لان التقييد به عند تفاوت الحرز مفيد وكذلك لو أمره ان يضعها في داره في هذه القرية ونهاه عن ان يضعها  
في داره في قرية أخرى فهو على هذا التفصيل ولو قال له اخبأها في هذا البيت وأشار الى بيت معين في داره فخبأها في  
بيت آخر في تلك الدار لا تدخل في ضمانه لان البيتين من دار واحدة لا يختلفان في الحرز عادة بخلاف الدارين فلا  
يكون التعيين مفيداً حتى لو تفاوتا بان كان الاول أحرز من الثاني تدخل في ضمانه والاصل المحفوظ في هذا الباب  
ما ذكرنا ان كل شرط يمكن مراعاته ويفيد فهو معتبر وكل شرط لا يمكن مراعاته ولا يفيد فهو هدر وهذا عندنا وعند  
الشافعي رحمه الله تعالى يجب مراعاة الشروط في المواضع كلها حتى ان المأمور بالحفظ في بيت معين لا يملك الحفظ في بيت آخر  
من دار واحدة وجه قوله ان الاصل اعتبار تصرف العاقل على الوجه الذي أوقعه فلا يترك هذا الاصل الا للضرورة ولم  
توجد وصار كالدارين والجواب نعم اذا تعلقت به عاقبة حميدة فاما اذا خرج مخرج السفه والعبث فلا لان التعيين عند  
انعدام التفاوت في الحرز يجري مجرى العبث كما اذا قال احفظ بيمينك ولا تحفظ بشمالك أو احفظ في هذه الزاوية من  
البيت ولا تحفظ في الزاوية الأخرى فلا يصح التعيين لانعدام الفائدة حتى لو تفاوتا في الحرز يصح بخلاف الدارين  
والاصل في الدارين اختلاف الحرز فكان التعيين مفيداً حتى لو لم يختلف الجواب فيها كالجواب في البيتين على ما مر  
فصل في ما يمان حال الوديعة فالحال انها في يد المودع أمانة لان المودع مؤتمن فكانت الوديعة أمانة في يده ويتعلق  
بكونها أمانة أحكام منها وجوب الرد عند طلب المالك لقوله تعالى جل شأنه ان الله يأمركم ان تؤدوا الامانات الى  
أهلها حتى لو حبسها بعد الطلب فضاعت ضمن هذا اذا كانت الوديعة لرجل واحد فاما اذا كانت مشاعاً  
لرجلين فجاء أحدهما وطلب حصته لا يجب عليه الرد بان أودع رجلان رجلاً وديعة دراهم أو ديناراً واثباتاً واثباتاً ثم  
جاء أحدهما وطلب بعضها وأبى المستودع ذلك لم يأمره القاضي بدفع شيء اليه ما لم يحضر الغائب عند أبي حنيفة وقال  
أبو يوسف ومحمد يقسم ذلك ويدفع اليه حصته ولا يكون ذلك قسمة جائزة على الغائب بخلاف حتى لو هلك الباقي في  
يد المودع ثم جاء الغائب له ان يشارك صاحبه في المقبوض عندهم جميعاً ولو هلك المقبوض في يد القابض ثم جاء الغائب  
فليس للقابض ان يشارك صاحبه في الباقي وجه قولهما ان الأخذ بأخذ حصته متصرف في ملك نفسه فكان له  
ذلك من غير حضرة الغائب كما اذا كان لرجلين دين مشترك على رجل فجاء أحدهما وطلب حصته من الدين فانه يدفع  
اليه حصته لما قلنا كذا هذا (وجه) قول أبي حنيفة ان المودع لو دفع شيئاً الى الشريك الحاضر لا يخلو اماناً يدفع اليه  
من النصيبين جميعاً واما أن يدفع اليه من نصيبه خاصة لا وجه الى الاول لان دفع نصيب الغائب اليه ممتنع شرعاً ولا  
سبيل الى الثاني لان نصيبه شائع في كل الالف لكون الالف مشتركة بينهما ولا يتميز الا بالقسمة والقسمة على الغائب  
غير جائزة ولو سلمنا ذلك حتى قالوا اذا جاء الغائب وقد هلك الباقي له ان يشارك القابض في المقبوض ولو نفذت القسمة  
لما شاركه فيه لتميز حقه عن حق صاحبه بالقسمة والقياس على الدين المشترك غير سديد لان الغريم يدفع نصيب أحد  
الشريكين بدفع مال نفسه لا مال شريكه الغائب وهنا يدفع مال الغائب بغير اذنه فلا يستقيم القياس ولو كان في يده الف  
درهم فجاءه رجلان وادعى كل واحد منهما انه أودعه اياه فقال المودع ادعها أحدكما ولست أدري أيكما هو فهذا في  
الاصل لا يخلو من احد وجهين اماناً اصطلاح المتدعيان على ان يأخذ الالف وتكون بينهما واما ان لم يصطلح احداً وادعى  
كل واحد منهما ان الالف له خاصة لا لصاحبه فان اصطلاحاً على ذلك فلم يملك ذلك وليس للمودع ان يمنع عن تسليم  
الالف اليهما لانه أقر ان الالف لا أحدهما واذا اصطلاحاً على انها تكون بينهما لا يمنعان عن ذلك وليس لهما ان يستحلفا



المودع بعد الصلح وان لم يصطلح اوداعى كل واحد منهما ان الالف له لا يدفع الى أحدهما شيئاً لجهة المقر له بالوديعة ولكل واحد منهما ان يستحلف المودع فان استحلفه كل واحد منهما قالاً لا يخلو اما ان يحلف لكل واحد منهما واما ان ينكل لكل واحد منهما واما ان يحلف لا أحدهما وينكل للآخر فان حلف لهما فقد انقطعت خصومتهم للحال الى وقت اقامة البينة كما في سائر الاحكام وهل يمكن الاصلاح على أخذ الالف بينهما بعد الاستحلاف فهو على الاختلاف المعروف بين أبي حنيفة وأبي يوسف وبين محمد على قوله لا يملكه وعلى قول محمد يملكه وهي مسألة الصلح بعد الحلف وقد مررت في كتاب الصلح وان نكل لهما يقضى بالالف بينهما نصفين ويضمن الباقي بينهما فيحصل لكل واحد منهما الف كاملة لان كل واحد منهما يدعى ان كل الالف له فاذا نكل له والنكول بذل أو اقرار فكانه بذل لكل واحد منهما الباقي أو اقر لكل واحد منهما بالالف فيقضى عليه بينهما بالالف ويضمن أيضاً الباقي أخرى تكون بينهما يحصل لكل واحد منهما الف كاملة ولو حلف لا أحدهما ونكل للآخر قضى بالالف للذي نكل له ولا شيء للذي حلف له لان النكول حجة من نكل له لا حجة من حلف له ومنها وجوب الاداء الى المالك لان الله أمر باداء الامانات الى أهلها وأهلها مال الكفا حتى لو ردها الى منزل المالك فجعلها فيه أو دفعها الى من هو في عيال المالك دخلت في ضمانه حتى لو ضاعت يضمن بخلاف العارية فان المستعير لو جاء بمتاع العارية وألقاها في دار المعير أو جاء بالدابة فادخلها في اصطبله كان رداً صحيحاً لان ظاهر النص الذي تلونا أن لا يصح الا انها صارت مخصوصة عن عموم الآيات فثبتت الوديعة على ظاهره ولان القياس في الموضوعين ما ذكرنا من لزوم الرد الى المالك الا اننا استحسننا في العارية للعادة الجارية فيها بردها الى بيت المالك أو دفعها الى من في عياله حتى لو كانت العارية شيئاً قيساً كعقد جواهر ونحو ذلك لا يصح الرد لانعدام جريان العادة بذلك في الاشياء النفيسة ولم تجر به العادة في مال الوديعة فثبت على أصل القياس ولان مبنى الابداع على السر والاعفاء عادة فان الانسان انما يودع مال غيره سرا عن الناس لما يتعلق به من المصلحة فلورده على غير المالك لا نكشف اذا السر اذا جاوز اثنين يفشوا فيقوت المعنى المجعول له الابداع بخلاف العارية لان مبناها على الاعلان والظهار لانها شرعت لحاجة المستعير الى استعمالها في حوائجها ولا يمكنه الاستعمال سرا عن الناس عادة والرد الى غير المالك لا يفوت ما شرع له العارية فهو الفرق ومنها انه اذا ضاعت في يد المودع بغير صنعته لا يضمن لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال ليس على المستعير غير المغل الضمان ولا على المستودع غير المغل الضمان ولان يده المالك فالهلاك في يده كالهلاك في يد المالك وكذلك اذا دخلها نقص لان النقصان هلاك بعض الوديعة وهلاك الكل لا يوجب الضمان فهلاك البعض أولى ومنها ان المودع مع المودع اذا اختلفا فقال المودع هلك أو قال رددتها اليك وقال المالك بل استهلكتها فاقول قول المودع لان المالك يدعى على الامين أمراً عارضاً وهو التعدي والمودع مستصحب لحال الامانة فكان متمسكاً بالأصل فكان القول قوله لكن مع اليقين لان التهمة قائمة قيساً بخلاف دفعها للتهمة وكذلك اذا قال المودع استهلكتها من غير ادنى وقال المودع بل استهلكتها أنت أو غيرك بأمرك أن القول قول المودع لما قلنا ولو قال انها قد ضاعت ثم قال بعد ذلك بل كنت رددتها اليك لكنني أوهمت لم يصدق وهو ضامن لانه نفى الرد بدعوى الهلاك ونفى الهلاك بدعوى الرد فصارتا فيما أثبتته مثبتاً ما نفاه وهذا تناقض فلا تسمع منه دعوى الضياع والرد لان المناقض لا قول له ولا نهما ادعى دعوتين وأكذب نفسه في كل واحدة منهما فقد ذهبت أمانته فلا يقبل قوله

فصل ١٠ وأما بيان ما يغير حال المعقود عليه من الامانة الى الضمان فانواع منها ترك الحفظ لانه بالعقد التزم حفظ الوديعة على وجه لو ترك حفظها حتى هلك يضمن بدله وكذلك بطريق الكفالة ولهذا رأى انسانا يسرق الوديعة وهو قادر على منعه ضمن ترك الحفظ الملتزم بالعقد وهو معنى قول مشايخنا ان المودع يؤخذ بضمان العقد ومنها ترك الحفظ للمالك بان خالفه في الوديعة بان كانت الوديعة ثوباً فلبسه أو دابة فركبها أو عبداً فاستعمله أو أودعها من ليس في

عياه ولا هو ممن يحفظ ماله بيده عادة لان الملتزم بالعقد هو الحفظ للمالك فاذا حفظ لنفسه فقد ترك الحفظ للمالك  
فدخلت في ضمانه وحكى عن الفقيه أبي جعفر الهندواني انه منع دخول العين في ضمانه في المناظرة حين قدم بخارى  
وسئل عن هذه المسألة وهذا خلاف اطلاق الكتاب فانه قال يبرأ عن الضمان والبراءة عن الضمان بعد الدخول في  
الضمان تكون وكذلك المودع مع المودع اذا اختلفا فقال المودع هلكت الوديعة أو رددتها اليك وقال المالك  
استهلكتها ان كان قبل الخلاف فالقول قول المودع وان كان بعده فالقول قول المالك ونحو ذلك مما يدل على دخول  
الوديعة في ضمانه بالخلاف وان خالف في الوديعة ثم عاد الوفاق يبرأ عن الضمان عند علمائنا الثلاثة وعند زفر والشافعي  
لا يبرأ عن الضمان وجه قولهما ان الوديعة لما دخلت في ضمان المودع بالخلاف فقد ارتفع العقد فلا يعود الا بالتجدد ولم  
يوجد فصارت كما لو وجد الوديعة ثم أقر بها وكذلك المستعير والمستأجر اذا خالفا ثم عاد الى الوفاق لا يبرأ عن الضمان  
لما قلنا كذا هذا ولنا انه بعد الخلاف مودع والمودع اذا هلكت الوديعة من غير صنعه لا ضمان عليه كما قبل الخلاف  
ودلالة انه بعد الخلاف مودع أن المودع من يحفظ مال غيره له بأمره وهو بعد الخلاف والاشتغال بالحفظ حافظ  
مال المالك له بأمره لان الأمر تناول ما بعد الخلاف قوله الوديعة دخلت في ضمان المودع فيرتفع العقد قلنا معنى الدخول  
في ضمان المودع انه انعقد سبب وجوب الضمان موقوفاً وجوبه على وجود شرطه وهو الهلاك في حالة الخلاف لكن  
هذا لم يوجب ارتقاء العقد أليس ان من وكل انساناً ببيع عبده بالف درهم فباعه بألف وسلمه الى المشتري دخل العبد  
في ضمانه لا انعقاد سبب وجوب الضمان وهو تسليم مال الغير الى غيره من غير اذنه ومع ذلك بقي العقد حتى لو أخذه كان له  
بيعه بالعين كذا هذا على أن ان سلمنا ان العقد انفسخ لكن في قدر مافات من حقه وحكمه وهو الحفظ الملتزم للمالك في  
زمان الخلاف لا فيما بقي في المستقبل كما اذا استخلفه باجر كل شهر بكذا وترك الحفظ في بعض الشهر ثم اشتغل به في  
الباقى بقي العقد في الباقي يستحق الاجرة بقدره والجامع بينهما أن الارتقاء لضرورة فوات حكم العقد فلا يظهر الا في  
قدر القاتل بخلاف الاجارة والاعارة لان الاجارة تمليك المنفعة وهي تمليك منافع مقدرة بالمكان أو الزمان فاذا بلغ  
المكان المذكور فقد انتهى العقد لا تنهاه حكمه فلا يعود الا بالتجدد وكذا الاعارة لانها تمليك المنفعة عندنا لانها تمليك  
المنفعة بغير عوض والاجارة تمليك المنفعة بعوض وأما حكم عقد الوديعة فلزوم الحفظ للمالك مطلقاً أو شهر أو زمان ما بعد  
الخلاف داخل في المطلق والوقت فلا ينقض بالخلاف بل يقرر فهو الفرق ومنها وجود الوديعة في وجه المالك عند  
طلبه حتى لو قامت البينة على الايداع أو نكل المودع عن التمين أو أقر به دخلت في ضمانه لان العقد لما ظهر بالحجة فقد  
ظهر ارتقائه بالوجود أو عنده لان المالك لما طلب منه الوديعة فقد عزل عن الحفظ والمودع لما وجد الوديعة حال  
حضره المالك فقد عزل نفسه عن الحفظ فانفسخ العقد فبقى مال الغير في يده بغير اذنه فيكون مضموناً عليه فاذا هلك تقرر  
الضمان ولو وجد الوديعة ثم أقام البينة على هلاكها فهذا لا يخلو من ثلاثة أوجه اما أن أقام البينة على أنها هلكت بعد  
الوجود أو قبل الوجود أو مطلقاً فان أقام البينة على أنها هلكت بعد الوجود أو مطلقاً لا ينتفع ببينته لان العقد ارتفع  
بالوجود أو عنده فدخلت العين في ضمانه والهلاك بعد ذلك يقر الضمان لان يسقطه وان أقام البينة على أنها هلكت  
قبل الوجود تسمع بينته ولا ضمان عليه لان الهلاك قبل الوجود لما ثبت بالبينة فقد ظهر انتهاء العقد قبل الوجود فلا  
يرتفع بالوجود فظهر ان الوديعة هلكت من غير صنعه فلا يضمن ولو ادعى الهلاك قبل الوجود ولا بينة له وطلب  
اليمين من المودع حلقة القاضي بالله تعالى ما يعلم انها هلكت قبل وجوده لانه الاصل في باب الاستحلاف أن الذي  
يستحلف عليه لو كان أمر الواقف به الخالف للزومه فاذا أنكر يستحلف وهنا كذلك لان المالك لو أقر بالهلاك قبل  
الوجود لقبيل منه ويسقط الضمان عن المودع فاذا أنكر يستحلف لكن على العلم لانه يستحلف على فعل غيره هذا  
اذا وجد حال حضره المالك فان جحد عند غير المالك حال غيبته قال أبو يوسف لا يضمن وقال زفر رحمه الله يضمن  
في الحالين جميعاً وجه قول زفر ان ما هو سبب وجوب الضمان لا يختلف بالحضرة والغيبة كسائر الاسباب وجه قول

أبي يوسف أن الجحود سبب للضمان من حيث أنه يرفع العقد بالعزل على ما بيننا ولا يصح العزل حالة الغيبة فلا يرتفع  
العقد ولا أن الجحود عند غير المالك حال غيبته معدود من باب الحفظ والصيانة عرفاً وعادة لأن مبنى الإبداع على الستر  
والإخفاء فكان الجحود عند غير المالك حال غيبته حفظاً بمعنى فكيف يكون سبباً لوجوب الضمان ومنها الاتلاف  
حقيقة أو معنى وهو عجز المالك عن الانتفاع بالوديعة لأن اتلاف مال الغير بغير إذنه سبب لوجوب الضمان حتى لو  
طلب الوديعة فتمنع المودع مع القدرة على الدفع والتسليم إليه حتى هلك يضمن لأنه لما حبسها عنه عجز عن الانتفاع بها  
للمال فدخلت في ضمانه فإذا هلك تقرر العجز فيجب الضمان ولو أمر غيره بالاتلاف وادعى أنه كان باذن المالك  
لا يصدق إلا ببيبة لأن الاتلاف سبب لوجوب الضمان في الأصل وقوله كان باذن المالك دعوى أمر عارض  
فلا تقبل إلا بحجة وكذلك المودع إذا خلط الوديعة بماله خلطاً لا يتميز يضمن لأنه إذا كان لا يتميز فقد عجز المالك من  
الانتفاع بالوديعة فكان الخلط منه اتلاً فأيضمن ويصير ملكاً بالضمان وإن مات كان ذلك لجميع الغرماء والمودع  
أسوة الغرماء فيه ولو اختلطت بماله بنفسها من غير صنعه لا يضمن وهو شريك لصاحبها أما عدم وجوب الضمان  
فلا نعدم الاتلاف منه بل تلقى بنفسها لا نعدم الفعل من جهته وأما كونه شريكاً لصاحبها فوجود معنى الشركة  
وهو اختلاط المالكين ولو أودعه رجلان كل واحد منهما ألف درهم فخلط المودع المالين خلطاً لا يتميز فلا يسبيل لهما  
على أخذ الدرامم ويضمن المودع لكل واحد منهما ألفاً ويكون المخلوط له وهذا قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف  
ومحمد هما بالخيار إن شاء آقتسما المخلوط نصفين وإن شاء آضمن المودع الثمن وعلى هذا الخلاف سائر المكيلات  
والموزونات إذا خلط الجنس بالجنس خلطاً لا يتميز كالحنطة بالحنطة والشعير بالشعير والدهن بالدهن وجه قولهما أن  
الوديعة قائمة بعينها لكن عجز المالك عن الوصول إليها بعرض الخلط فإن شاء آقتسما لا اعتبار بجهة القيام وإن شاء آضمن  
لا اعتبار بجهة العجز وجه قول أبي حنيفة رحمه الله أنه لما خلطهما خلطاً لا يتميز فقد عجز كل واحد منهما عن الانتفاع  
بالمخلوط فكان الخلط منه اتلاً بالوديعة عن كل واحد منهما فيضمن ولهذا ثبت اختيار التضمن عندهما واختيار  
التضمن لا يثبت إلا بوجود الاتلاف دل أن الخلط منه وقع اتلاً ولو أودعه رجل حنطة وآخر شعير فخلطهما فهو  
ضامن لكل واحد منهما مثل حقه عند أبي حنيفة لأن الخلط اتلاف وعندهما هما أن يأخذ العين ويبيعها ويقتسما  
الثمن على قيمة الحنطة مخلوطاً بالشعير وعلى قيمة الشعير غير مخلوط بالحنطة لأن قيمة الحنطة تنقص بخلط الشعير وهو  
يستحق الثمن لقيام الحق في العين وهو مستحق العين بخلاف قيمة الشعير لأن قيمة الشعير تزداد بالخلط بالحنطة وتلك  
الزيادة ملك الغير فلا يستحقها صاحب الشعير ولو اتفق المودع بمحض الوديعة ضمن قدر ما اتفق ولا يضمن الباقي لأنه لم  
يوجد منه إلا اتلاف قدر ما اتفق ولورد مثله فخلطه بالباقي يضمن الكل لوجود اتلاف الكل منه النصف بالاتلاف  
والنصف الباقي بالخلط الكون الخلط اتلاً فاعلى ما بيننا ولو أخذ بعض دراهم الوديعة لينة ففلم ينقصها ثم ردها إلى  
موضعها بعد أيام فضاغت لا ضمان عليه عندنا وعند الشافعي رحمه الله يضمن وجه قوله أنه أخذها على وجه التعدي  
فيضمن كما لو انتفع بها (ولنا) أن نفس الأخذ ليس باتلاف ونية الاتلاف ليس باتلاف فلا توجب الضمان والأصل  
فيه ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال إن الله تبارك وتعالى عز شأنه غفان أمي ما حدثت به  
أقتسمها ما لم يتكلموا أو يفعلوا ظاهر الحديث يقتضى أن يكون ما حدثت به النفس عفواً على العموم إلا ما خص بدليل  
وعلى هذا الخلاف إذا أودعه كيساً مسدوداً فخلطه المستودع أو صندوقاً مقلقة لم يأخذ منه شيئاً حتى ضاع  
أو مات المودع فإن كانت الوديعة قائمة بعينها ترد على صاحبها لأن هذا عين ماله ومن وجد عين ماله فهو أحق به على  
لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم وإن كانت لا تعرف بعينها فهي دين في تركته يحاسب الغرماء لأنه لما مات مجهلاً  
للوديعة فقد أتلفها معنى لخروجها من أن تكون منتفعاً بها في حق المالك، بالتجھيل وهو تفسير الاتلاف ولو قالت الوريثة  
إنها هلكت أو ردت على المالك لا يصدقون على ذلك لأن الموت مجهلاً سبب لوجوب الضمان لكونه اتلاً ففكان

دعوى الهلاك والرد دعوى أمر عارض فلا يقبل إلا بحجة وبخاص المودع الغرماء لا نهدين الاستهلاك على ما ذكرنا  
فيساوى دين الصحة والله سبحانه وتعالى أعلم

— — — — —

### كتاب العارية

الكلام في هذا الكتاب يقع في مواضع في بيان ركن العارية وفي بيان شرائط الركن وفي بيان حكم العقد وفي بيان  
ما يملكه المستعير من التصرف في المستعار وما لا يملكه وفي بيان صفة الحكم وفي بيان حال المستعار وفي بيان  
ما يوجب تغير حاله أماركنها فهو لا يجاب من المعير وأما القبول من المستعير فليس بركن عند أصحابنا الثلاثة استحسانا  
والقياس إن يكون ركنًا وهو قول زفر كما في الهبة حتى إن من حلف لا يعير فلا نافعا له ولم يقبل بحث كما إذا حلف لا يهب  
فلا ناشئاً فوهبه ولم يقبل وهي مسألة كتاب الهبة والاحتجاج هو أن يقول أعزتك هذا الشيء أو منحتك هذا الثوب أو  
هذه الدار أو أطعمتك هذه الأرض أو هذه الأرض لك طعمة أو أخذت منك هذا العبد أو هذا العبد لك خدمة أو حملتك  
على هذه الدابة إذا لم ينوبه الهبة أو داري لك سكنى أو داري لك عمرى سكنى أما لفظ الاعارة فصريح بابها وأما  
المنحة فهي اسم للعطية التي ينتفع الإنسان بها زماناً ثم يردّها على صاحبها وهو معنى العارية قال النبي عليه الصلاة  
والسلام المنحة مردودة ومنحة الأرض زراعتها قال النبي عليه الصلاة والسلام ازرعها أو امنحها أخاك وكذا  
الأطعام المضاف إلى الأرض هو أطعام منافعها التي تحصل منها بالزراعة من غير عوض عرفاً وعادة وهو معنى العارية  
وأما إعدام العبد أياه فجعل خدمته بغير عوض وهو تفسير العارية وكذا قوله داري لك سكنى أو عمرى سكنى هو  
جعل سكنى الدار له من غير عوض وسكنى الدار منفعته المطلوبة منها عادة فقد أتى بمعنى الاعارة وأما قوله حملتك على  
هذه الدابة فإنه يحتمل الاعارة والهبة فإى ذلك نوى فهو على ما نوى لأنه نوى ما يحتمل لفظه وعند الإطلاق ينصرف  
إلى العارية لأنهم أدنى فكان الحمل علماً أولى ولو قال داري لك رقبى أو حبس فهو عارية عند أبي حنيفة ومحمد وعند  
أبي يوسف هبة وقوله رقبى أو حبس باطل وهي مسألة كتاب الهبة

فصل في شرائط التي يصير الركن بها اعارة شرعاً فأشأنها من العقل فلا تصح الاعارة من المجنون والصبي  
الذي لا يعقل وأما البلوغ فليس بشرط عندنا حتى تصح الاعارة من الصبي المأذون لأنهم من توابع التجارة وإنه يملك  
التجارة فيملك ما هو من توابعها وعند الشافعي لا يملك وهي مسألة كتاب المأذون وكذا الحرية ليست بشرط فيملكها  
العبد المأذون لأنهم من توابع التجارة فيملك بملك ذلك ومنها القبض من المستعير لأن الاعارة عقد تبرع فلا يفيد الحكم  
بنفسه بدون القبض كالهبة ومنها أن يكون المستعار ممّا يمكن الانتفاع بدون استهلاكه فإن لم يكن لا تصح اعارته لأن  
حكم العقد ثبت في المنفعة لا في العين إذا كانت ملحقة بالمنفعة على ما ذكره في موضعه

فصل في أمان بيان حكم العقد فالكلام فيه في موضعين أحدهما في بيان أصل الحكم والثاني في بيان صفته أما  
الأول فهو ملك المنفعة للمستعير بغير عوض أو ما هو ملحق بالمنفعة عرفاً وعادة عندنا وعند الشافعي إباحة المنفعة حتى  
يملك المستعير الاعارة عندنا في الجملة كالمستأجر يملك الاجارة وعنده لا يملكها أصلاً كالمباح له الطعام لا يملك  
الإباحة من غيره وجه قول الشافعي دلالة الإجماع والمعقول أما الإجماع فلجواز العقد من غير أجل ولو كان تملك  
المنفعة لما جاز من غير أجل كالاجارة وكذا المستعير لا يملك أن يؤجر العارية ولو ثبت الملك له في المنفعة تملك كالمستأجر  
وأما المعقول فهو أن القياس يأبى تملك المنفعة لأن بيع المعدوم لا نعدم المنفعة حالة العقد والمعدوم لا يحتمل البيع  
لأنه يبيع ما ليس عند الإنسان وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عنه إلا أنها جعلت موجودة عند العقد في باب  
الاجارة حكماً للضرورة ولا ضرورة إلى الاعارة فبقيت المنافع فيها على أصل العدم (ولنا) أن المعير سلطه على تحصيل  
المنافع وصرها إلى نفسه على وجه زالت يده عنها والتسليط على هذا الوجه يكون تملكها لإباحة كما في الأعيان وإنما

صح من غير أجل لأن بيان الأجل للتحرز عن الجهة المفضية إلى المنازعة والجهة العارية لا تنقضي إلى المنازعة لأنها عقد جائز غير لازم ولهذا المعنى لا يملك الأجرة لأنها عقد لازم والأجرة عقد غير لازم فلو ملك الأجرة لكان فيه اثبات صفة اللزوم بما ليس بلازم أو سلب صفة اللزوم عن اللازم وكل ذلك باطل وقوله المنافع منعمة عند العقد قلنا نعم لكن هذا لا يمنع جواز العقد كما في الأجرة وهذا لأن العقد الوارد على المنفعة عندنا عقد مضاف إلى حين وجود المنفعة فلا ينعقد في حق الحكم إلا عند وجود المنفعة شيئاً فشيئاً على حسب حدودها فلم يكن بيع المعلوم ولا بيع ما ليس عند الإنسان وعلى هذا يخرج إجارة الدرهم والدنانير لأنها تكون قرضاً لا إجارة لأن الأجرة لما كانت تملك المنفعة أو إباحة المنفعة على اختلاف الأصليين ولا يمكن الانتفاع بالاستهلاكها ولا سبيل إلى ذلك إلا بالتصرف في العين لا في المنفعة ولا يمكن تصحيح إجارة حقيقية فتصح قرضاً مجازاً لوجود معنى الإجارة فيه حتى لو استعار حلياً لتجمل به صح لأنه يمكن الانتفاع به من غير استهلاك بالتجمل فامكن العمل بالحقيقة فلا ضرورة إلى الحمل على المجاز وكذا إجارة كل ما لا يمكن الانتفاع به بالاستهلاك كالسيارات والموزونات يكون قرضاً لا إجارة لما ذكرنا أن محل حكم الإجارة المنفعة لا بالعين إلا إذا كان ملحقاً بالمنفعة عرفاً وعادة كما إذا منح إنساناً أو ناقه لينتفع بلبنها وبرها مدة ثم يردّها على صاحبها لأن ذلك معدود من المنافع عرفاً وعادة فكان له حكم المنفعة وقد روى عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال هل من أحد يمنح من أبله ناقه أهل بيت لا درهم وهذا يجري مجرى الترخيب كن منح منحة ورق أو منحة لبس كان له بعدل رقبة وكذا لو منح جدياً أو عناقاً كان عارية لأنه يعرض أن ينتفع بلبنه وصفوفه ويتصل بهذا الفصل بيان ما يملك المستعير من التصرف في المستعار وما لا يملكه فنقول وبالله التوفيق جملة الكلام فيه أن عقد الإجارة لا يخلو من أحد وجهين إما أن كان مطلقاً وإما أن كان مقيداً فإن كان مطلقاً بان إعارته إنساناً أو لم يسم مكاناً ولا زماناً ولا الركوب ولا الحمل فله أن يستعملها في أي مكان وزمان شاء وله أن يركب أو يحمل لأن الأصل في المطلق أن يجري على إطلاقه وقد ملكه منافع العارية مطلقاً فكان له أن يستوفيها على الوجه الذي ملكه إلا أنه لا يحمل عليها ما يعلم أن مثلها لا يطبق بمثل هذا الحمل ولا يستعملها ليلاً ونهاراً ما لا يستعمل مثلها من الداب لذلك عادة حتى لو فعل فعطبت يضمن لأن العقد وإن خرج مخرج الإطلاق لكن المطلق يتقيد بالعرف والعادة دلالة كما يتقيد نصاً وله أن يعير العارية عندنا سواء كانت العارية مما يتفاوت في استيفاء المنفعة أولاً لأن إطلاق العقد يقتضي ثبوت الملك للمستعير فكان هو في التملك من غيره على الوجه الذي ملكه متصرفاً في ملك نفسه إلا أنه لا يملك الإجارة لما قلنا فإن أجر وسلم إلى المستأجر ضمن لأنه دفع مال الغير إليه بغير إذنه فصار غاصباً فإن شاء ضمنه وإن شاء ضمن المستأجر لأنه قبض مال الغير بغير إذنه كالشترى من الغاصب إلا أنه إذا ضمن المستعير لا يرجع بالضمان على المستأجر لأنه ملكه بإداء الضمان فتبين أنه أجر ملك نفسه وإن ضمن المستأجر فإن كان عالماً بكونها عارية في يده لا يرجع على المستعير وإن لم يكن عالماً بذلك يرجع عليه لأنه إذا لم يعلم به فقد صار مغروراً من جهة المستعير فيرجع عليه بضمان الغرور وهو ضمان الكفالة في الحقيقة وإذا كان عالماً بصير مغروراً من جهته فلا يرجع عليه وهل يملك الأيداع اختلف المشايخ فيه قال مشايخ العراق يملك وهو قول بعض مشايخنا لأنه يملك الإجارة فلا يدايع أولى لأنها دون الإجارة وقال بعضهم لا يملك استدلالاً بمسئلة مذكورة في الجامع الصغير وهي أن المستعير إذا رد العارية على يد أجنبي ضمن ومعلوم أن الرد على يده أيداع إياه ولو ملك الأيداع لما ضمن وإن كان مقيداً فإيراعه فيه القيد ما أمكن لأن أصل اعتبار تصرف العاقل على الوجه الذي تصرف إذا لم يمكن اعتباره لعدم الفائدة ونحو ذلك فلما الوصف لأن ذلك يجري مجرى البعث ثم إنهما يراعى القيد فيما دخل لافياً لم يدخل لأن المطلق إذا قيد ببعض الأوصاف يبقى مطلقاً فيما وراءه فإيراعه عند الإطلاق فيما وراءه بيان هذه الجملة في مسائل إذا أعارنا إنساناً دابة على أن يركبها المستعير بنفسه ليس له أن يعيرها من غيره وكذلك إذا أعاره ثوباً

على أن يلبسه بنفسه لما ذكرنا أن الأصل في المقيد اعتبار القيد فيه الا اذا تعذر اعتباره واعتبار هذا القيد ممكن لانه مقيد لتفاوت الناس في استعمال الدواب والسيارات ولبساً فلزم اعتبار القيد فيه فان فعل حتى هلك ضمن لانه خالف وان ركب بنفسه وأردف غيره فمطبت فان كانت الدابة مما تطبق حملها جميعاً يضمن نصف قيمة الدابة لانه لم يخالف الا في قدر النصف وان كانت الدابة مما لا تطبق حملها ضمن جميع قيمتها لانه استهلكها ولو أعاره دار السكنا بنفسه فله أن يسكنها غيره لان المملوك بالعقد السكنى والناس لا يتفاوتون فيه عادة فلم يكن التقيد بسكناه مفيداً فيلغو الا اذا كان الذي يسكنها اياه جداداً أو قصاراً ونحوهما ممن يوهن عليه البناء فليس له أن يسكنها اياه ولا أن يعمل بنفسه ذلك لان المعير لا يرضى به عادة والمطلق يتقيد بالعرف والعادة كما في الاجارة ولو أعاره دابة على أن يحمل عليها عشرة مخاتيم شعير فليس له أن يحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة لان الحنطة أثقل من الشعير فكان اعتبار القيد مفيداً فيعتبر ولو أعارها على أن يحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة فله أن يحمل عليها عشرة مخاتيم شعير أو دخناً أو أرزاً أو غير ذلك مما يكون مثل الحنطة أو أخف منها استحساناً والقياس أن لا يكون له ذلك حتى انها لو عطبت لا يضمن استحساناً والقياس أن يضمن وهو قول زفر لانه خالف وجواب الاستحسان أن هذا وان كان خلافاً بصورة فليس بخلاف معنى لان المالك يكون راضياً به دلالة فلم يكن التقيد بالحنطة مفيداً وصار كما لو شرط عليه أن يحمل عليها عشرة مخاتيم من حنطة نفسه حمل عليها عشرة مخاتيم من حنطة غيره فانه لا يكون مخالفاً حتى لا يضمن كذا هذا ولو قال على أن يحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة ليس له أن يحمل عليها حطباً أو تبناً أو أجراً أو حديداً أو حجارة سواء كان مثلها في الوزن أو أخف لان ذلك أشق على الدابة أو أنكى لظهرها أو أعقر ولو فعل حتى عطبت ضمن ولو قال على أن يحمل عليها مائة من قطناً حمل عليها مثله من الحديد وزناً فمطبت يضمن لان القطن ينسبط على ظهر الدابة فكان ضررته أقل من الحديد لانه يكون في موضع واحد فكان ضرره بالدابة أكثر والرضا بادن الضررين لا يكون رضا باعلاهما فكان التقيد مفيداً فيلزم اعتباره ولو قال على أن يحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة فحمل عليها من الحنطة زيادة على المسمى في القدر فمطبت نظرت في ذلك فان كانت الزيادة مما لا تطبق الدابة حملها يضمن جميع قيمتها لان حمل ما لا تطبق الدابة اتلاف للدابة وان كانت الدابة مما تطبق حملها يضمن من قيمتها قدر الزيادة حتى لو قال على أن يحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة فحمل عليها أحد عشر مخاتيم فمطبت يضمن جزاً من احد عشر جزاً من قيمتها لانه لم يتلف منها الا هذا القدر ولو قيدها بالمكان بان قال على أن تستعملها في مكان كذا في المصر يتقيد به وله أن يستعملها في أي وقت شاء بأى شيء شاء لان التقيد لم يوجد الا بالمكان فبقى مطلقاً فيها وراءه لكنه لا يملك أن يجاوز ذلك المكان حتى لو جاوزه دخل في ضيانه ولو أعاده الى المكان المأذون لا يبرأ عن الضمان حتى لو هلك من قبل التسليم الى المالك يضمن وهذا قول أبى حنيفة عليه الرحمة الاخر وكان يقول أولاً يبرأ عن الضمان كالمودع اذا خالف ثم عاد الى الوفاق ثم رجع ووجه الفرق بين العارية والوديعة قد ذكرناه في كتاب الوديعة وكذلك لو قيدها بالزمان بان قال على أن يستعملها يوماً يبقى مطلقاً فيها وراءه لكنه يتقيد بالزمان حتى لو مضى اليوم ولم يردّها على المالك حتى هلك يضمن لما قلنا وكذلك لو قيدها بالحمل وكذلك لو قيدها بالاستعمال بان قال على أن يستعملها حتى لو أمسكها ولم يستعملها حتى هلك يضمن لان الامساك منه خلاف فيوجب الضمان ولو اختلف المعير والمستعير في الايام أو المكان أو فيما يحمل عليها فالقول قول المعير لان المستعير يستفيد ملك الانتفاع من المعير فكان القول في المقدار والتميين قوله لكن مع التمين دفعا للتمية

**فصل** وأما نصف الحكم ففي ان الملك الثابت للمستعير ملك غير لازم لانه ملك لا يقابل له عوض فلا يكون لازماً كملك الثابت بالهبة فكان للمعير أن يرجع في العارية سواء أطلق العارية أو وقتها وقتاً وعلى هذا اذا استعار من آخر أرضاً لبني عليها أو ليغرس فيها ثم بدّل للمالك أن يخرجها فله ذلك سواء كانت العارية مطلقة أو موقته لم اقلنا غير انها ان

كانت مطلقة له ان يحجر المستعير على قلع الغرس ونقض البناء لان في الترتك ضرراً بالمعير لانه لا نهاية له واذا قلع ونقض لا يضمن المعير شيئاً من قيمة الغرس والبناء لانه لو وجب عليه الضمان لوجب بسبب الغرور ولا غرور من جهته حيث أطلق العقد ولم يوقت فيه وقتاً فاخرجه قبل الوقت بل هو الذي غرر نفسه حيث حمل المطلق على الابد وان كانت موقته فاخرجه قبل الوقت لم يكن له ان يخرجها ولا يحجر على النقص والقلع والمستعير بالخيار ان شاء ضمن صاحب الارض قيمة غرسه وبنائه قائماً سليماً وترك ذلك عليه لانه لما وقت للعارة وقتاً ثم اخرجها قبل الوقت فقد غره فصار كغيبلا عنه فيما يلزمه من العهدة اذ ضمان الغرور كفالة فكان له ان يرجع عليه بالضمان وملك صاحب الارض البناء والغرس باداء الضمان لان هذا حكم المضمونات انها تملك باداء الضمان وان شاء اخذ غرسه وبنائه ولا شيء على صاحب الارض ثم انما ثبت خيار القلع والنقض للمستعير اذا لم يكن القلع أو النقص مضرأ بالارض فان كان مضرأ بها فالخيار للمالك لان الارض اصل والبناء والغرس تابع لها فكان المالك صاحب اصل والمستعير صاحب تبع فكان اثبات الخيار لصاحب الاصل أولى ان شاء أمسك الغرس والبناء بالقيمة وان شاء رضى بالقلع والنقض هذا اذا استعار أرضاً للغرس أو البناء فاما اذا استعار أرضاً للزراعة فزعمنا ان اراد صاحب الارض ان يأخذها لم يكن له ذلك حتى يحصد الزرع بل يترك في يده الى وقت الحصاد باجر المثل استحساناً في القياس ان يكون له ذلك كما في البناء والغرس ووجه الفرق للاستحسان ان النظر من الجانبين ورعاية الحقيق واجب عند الامكان وذلك ممكن في الزرع لان ادراك الزرع له وقت معلوم فيمكن النظر من الجانبين جانب المستعير لا شك فيه وجانب المالك بالتزك الى وقت الحصاد بالاجر ولا يمكن في الغرس والبناء لانه ليس لذلك وقت معلوم فكان مراعاة صاحب الاصل أولى وقالوا في باب الاجارة اذا انقضت المدة والزرع لم يستحصده انه يترك في يد المستأجر الى وقت الحصاد باجر المثل كما في العارية لما قلنا بخلاف باب الغصب لان الترتك للنظر والتامسب جان فلا يستحق النظر بل يحجر على القلع

**فصل** وما يبان حال المستعار لخاله انه امانة في يد المستعير في حال الاستعمال بالاجماع فاما في غير حال الاستعمال فكذلك عندنا وعند الشافعي رحمه الله مضمون واحتج بما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استعار من صفوان درعا يوم خيبر فقال صفوان اغصبا يا محمد فقال عليه الصلاة والسلام بل عارية مضمونة ولان العين مضمونة الرد حال قيامها فكانت مضمونة القيمة حال هلاكها كالمغصوب وهذا لان العين اسم للصورة والمعنى وبالهلاك ان يحجز عن رد الصورة لم يحجز عن رد المعنى لان قيمة الشيء معناه فيجب عليه رده بمعناه كما في الغصب ولا نه قبض مال الغير لنفسه فيكون مضموناً عليه كالمقبوض على سوم الشراء (ولنا) انه لم يوجد من المستعير سبب وجوب الضمان فلا يجب عليه الضمان كالوديعة والاجارة وانما قلنا ذلك لان الضمان لا يجب على المرء بدون فعله وفعله الموجود منه ظاهر هو العقد والقبض وكل واحد منهما لا يصلح سبباً لوجوب الضمان اما العقد فلا نه عقد تبرع بالمنفعة تملكاً أو اباحة على اختلاف الاصلين واما القبض فلوجهين أحدهما ان قبض مال الغير بغير اذنه لا يصلح سبباً لوجوب الضمان فبالاذن أولى وهذا لان قبض مال الغير بغير اذنه هو اثبات اليد على مال الغير وحفظه وصيافته عن الهلاك وهذا احسان في حق المالك قال الله تبارك وتعالى جل شأنه هل جزاء الاحسان الا الاحسان وقال تبارك وتعالى ما على المحسنين من سبيل دل ان قبض مال الغير بغير اذنه لا يصلح سبباً لوجوب الضمان فع الاذن أولى الثاني ان القبض المأذون فيه لا يكون تعدياً لانه لا يفوت يد المالك ولا ضمان الا على المتعدي قال الله تبارك وتعالى ولا عدوان الا على الظالمين بخلاف قبض الغصب وأما الاستدلال بضمان الرد قلنا ان وجب عليه رد العين حال قيامها لم يجب عليه رد القيمة حال هلاكها وقوله قيمتها معناها قلنا ممنوع وهذا لان القيمة هي الدراهم والدنانير والدراهم والدنانير عين أخرى لها صورة ومعنى غير العين الاولى فاعجز عن رد احد العينين لم يوجب رد العين الاخرى وفي باب الغصب لا يجب عليه ضمان القيمة بهذا الطريق بل بطريق آخر وهو اتلاف المغصوب معنى لماعلم وهذا لم يوجد حتى لو وجد يجب الضمان

ثم نقول انما وجب عليه ضمان الرد لان العقد متى انتهى بانتهاء المدة أو بالطلب بقي العين في يده كالمغصوب والمغصوب مضمون الرد حال قيامه ومضمون القيمة حال هلاكه وعندنا اذا هلك في تلك الحالة ضمن واما قوله قبض مال الغير لنفسه فنعم لكن قبض مال الغير لنفسه بغير اذنه لا يصلح سبباً لوجوب الضمان لما ذكرنا من نافع الاذن أولى والمقبوض على سوم الشراء غير مضمون بالمقبض بل بالعقد بطريق التعاطي بشرط الخيار الثابت دلالة لما علم ولا حجة له في حديث صفوان لان الرواية قد اختلفت فقد روى انه عرّب من رسول الله صلى الله عليه وسلم فارسل اليه فأمنه وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يريد حينئذ فقال هل عندك شيء من السلاح فقال عارية أو غصباً فقال عليه الصلاة والسلام عارية فأعاره ولم يذكر فيه الضمان والحادثة واحدة مرة واحدة فلا يكون الثابت الا احدهما فعارضت الروايتان فسقط الاحتجاج مع ما انه ان ثبت فيحتمل ضمان الرد به تقول فلا يحمل على ضمان الغير مع الاحتمال يؤيد ما قلنا ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال العارية مؤداة

فصل في: وأما بيان ما يوجب تغير حالها فالذي يغير حال المستعير من الامانة الى الضمان ما هو المغير حال الوديعة وهو الاتلاف حقيقة أو معنى بالمنع بعد الطلب أو بعد انقضاء المدة وبترك الحفظ وبالخلاف حتى لو حبس العارية بعد انقضاء المدة أو بعد الطلب قبل انقضاء المدة يضمن لانه واجب الرد في هاتين الحالتين لقوله عليه الصلاة والسلام العارية مؤداة وقوله عليه الصلاة والسلام على اليد ما أخذت حتى تردّه ولان حكم العقد انتهى بانقضاء المدة أو بالطلب فصارت العين في يده كالمغصوب والمغصوب مضمون الرد حال قيامه ومضمون القيمة حال هلاكه ولو رد العارية مع عبده أو ابنه أو بعض من في عياله أو مع عبد المعير أو ردها بنفسه الى منزل المالك وجعلها فيه لا يضمن استحساناً والقياس أن يضمن كما في الوديعة وقد ذكرنا الفرق بينهما في كتاب الوديعة وكذا اذا ترك الحفظ حتى ضاعت وكذا اذا خالف الا أن في باب الوديعة اذا خالف ثم عاد الى الوفاق يبرأ عن الضمان عند أصحابنا الثلاثة رضي الله عنهم وهنا لا يبرأ وقد تقدم الفرق في كتاب الوديعة ولو تصرف المستعير وادعى ان المالك قد أذن له بذلك وجحد المالك فالقول قول المالك حتى يقوم للمستعير على ذلك بينة لان التصرف منه سبب لوجوب الضمان في الاصل فدعوى الاذن منه دعوى أمر عارض فلا تسمع الا بدليل والله سبحانه وتعالى أعلم

### كتاب الوقف والصدقة

أما الوقف فالكلام فيه في مواضع في بيان جواز الوقف وكيفية وفي بيان شرائط الجواز وفي بيان حكم الوقف الجائز وما يتصل به (أما) الاول فنقول والله التوفيق لا خلاف بين العلماء في جواز الوقف في حق وجوب التصديق بالقرع مادام الواقف حياً حتى ان من وقف داره أو أرضه يلزمه التصديق بعله الدار والأرض ويكون ذلك بمنزلة النذر بالتصدق بالعتة ولا خلاف أيضاً في جوازه في حق زوال ملك الرقبة اذا اتصل به قضاء القاضي أو اضافته الى ما بعد الموت بأن قال اذا مت فقد جعلت دارى أو أرضى وقفاً على كذا أو قال هو وقف في حياتي صدقة بعد وفاتي واختلوا في جوازه من يلا ملك الرقبة اذا لم توجد الاضافة الى ما بعد الموت ولا اتصل به حكم حاكم قال أبو حنيفة عليه الرحمة لا يجوز حتى كان للواقف بيع الموقوف وهبته واذا مات يصير ميراثاً لورثته وقال أبو يوسف ومحمد وعامة العلماء رضي الله تعالى عنهم يجوز حتى لا يباع ولا يوهب ولا يورث ثم في ظاهر الرواية عن أبي حنيفة لا فرق بين ما اذا وقف في حالة الصحة وبين ما اذا وقف في حالة المرض حتى لا يجوز عنده في الحالين جميعاً اذا لم توجد الاضافة ولا حكم الحاكم وروى الطحاوي عنه انه اذا وقف في حالة المرض جاز عنده ويعتبر من الثلث ويكون بمنزلة الوصية بعد وفاته وأما عندهما فهو جائز في الصحة والمرض وعلى هذا الخلاف اذا بنى رباطاً أو خاناً للمجتازين أو سقاية للمسلمين أو جعل أرضه مقبرة لاترول رقبة هذه الاشياء عن ملكه عند أبي حنيفة الا اذا اضافته الى ما بعد الموت أو حكم به حاكم وعندهما



يزول بدون ذلك لكن عند أبي يوسف بنفس القول وعند محمد بواسطة التسليم وذلك بسكنى المجتازين في الرباط والخان وسقاية الناس من السقاية والدفن في المقبرة وأجمعوا على أن من جعل داره أو أرضه مسجداً يجوز نزول الرقبة عن ملكه لكن عزل الطريق وأفرازه والأذن للناس بالصلاة فيه والصلاة شرط عند أبي حنيفة ومحمد حتى كان له أن يرجع قبل ذلك وعند أبي يوسف نزول الرقبة عن ملكه بنفس قوله جعلته مسجداً وليس له أن يرجع عنه على ما ذكره (وجه) قول العامة الاقتداء برسول الله صلى الله عليه وسلم والخلفاء الراشدين وعامة الصحابة رضوان الله تعالى عليهم أجمعين فإنه روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم وقف ووقف سيدنا أبو بكر وسيدنا عمر وسيدنا عثمان وسيدنا علي وغيرهم رضي الله عنهم وأكثر الصحابة وقفوا ولا نال الوقف ليس إلا إزالة الملك عن الموقوف وجعله لله تعالى خالصاً شبه الاعتاق وجعل الأرض أو الدار مسجداً والدليل عليه أنه يصبح مضافاً إلى ما بعد الموت فيصح منجزاً وكذا لو اتصل به قضاء القاضي يجوز وغير المجاز لا يحتتمل الجواز لقضاء القاضي ولا في حنيفة عليه الرحمة ما روى عن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما أنه قال لما نزلت سورة النساء وفرضت فيها الفرائض قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا حبس عن فرائض الله تعالى أي لا مال يحبس بعدموت صاحبه عن القسمة بين ورثته والوقف حبس عن فرائض الله تعالى عز شأنه فكان منفيًا شرعاً عن شريح أنه قال جاء محمد ببيع الحبيس وهذا منه رواية عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه يجوز بيع الموقوف لأن الحبيس هو الموقوف فعيل بمعنى المفعول إذ الوقف حبس لغة فكان الموقوف محبوساً فيجوز بيعه وبه تبين أن الوقف لا يوجب زوال الرقبة عن ملك الواقف (وأما) وقف رسول الله صلى الله عليه وسلم قائماً جازلاً لأن المانع من وقوعه حبس عن فرائض الله عز وجل ودفعه صلى الله عليه وسلم لم يقع حبساً عن فرائض الله تعالى لقوله صلى الله عليه وسلم أنا معاشر الأنبياء لا نورث ما تركنا صدقة (وأما) أوقاف الصحابة رضي الله عنهم فما كان منها في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم احتمل أنها كانت قبل نزول سورة النساء فلم تقع حبساً عن فرائض الله تعالى وما كان بعده وإنه عليه الصلاة والسلام فاحتمل أن ورثتهم أمضوه بالاجازة وهذا هو الظاهر ولا كلام فيه وإنما جاز مضافاً إلى ما بعد الموت لأنه لما أضافه إلى ما بعد الموت فقد أخرجه مخرج الوصية فيجوز كسائر الوصايا لكن جوازه بطريق الوصية لا يدل على جوازه بالطريق الوصية ألا ترى لو أوصى بثلاث ماله للفقراء جاز ولو تصدق بثلاث ماله على الفقراء لا يجوز وأما إذا حكم به حاكماً فإجازة لأن حكمه صادق محل الاجتهاد وأفضى اجتهاده إليه وقضاء القاضي في موضع الاجتهاد بما أفضى إليه اجتهاده جائز كافي سائر المجتهدات

**فصل** في أمائر الجواز فأنواع بعضها يرجع إلى الواقف وبعضها يرجع إلى نفس الوقف وبعضها يرجع الموقوف (أما) الذي يرجع إلى الواقف فأنواع (منها) العقل (ومنها) البلوغ فلا يصح الوقف من الصبي والمجنون لأن الوقف من التصرفات الضارة لكونه إزالة الملك بغير عوض والصبي والمجنون ليسا من أهل التصرفات الضارة ولهذا لا تصح منهما الهبة والصدقة والاعتاق ونحو ذلك (ومنها) الحرية فلا يملكه العبد لأنه إزالة الملك والعبد ليس من أهل الملك وسواء كان مأذوناً أو محجوراً لأن هذا ليس من باب التجارة ولا من ضرورات التجارة فلا يملكه المأذون كما لا يملك الصدقة والهبة والاعتاق (ومنها) أن يخرج الواقف من يده ويجعل له قوماً باسمه إليه عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف هذا ليس بشرط واحتج بما روى أن سيدنا عمر رضي الله عنه وقف وكان يتولى أمر وقفه بنفسه وكان في يده وروى عن سيدنا علي رضي الله عنه أنه كان يفعل كذلك ولأن هذا إزالة الملك إلى حد فلا يشترط فيه التسليم كالأعتاق ولهما أن الوقف إخراج المال عن الملك على وجه الصدقة فلا يصح بدون التسليم كسائر التصرفات (وأما) وقف سيدنا عمر وسيدنا علي رضي الله عنهما فاحتمل أنهما أخرجاه عن أيديهما وسلباهما إلى المتولى بعد ذلك فصحيح كمن وهب من آخر شيئاً أو تصدق أو لم يسلم إليه وقت الصدقة والهبة ثم سلم صح التسليم كذا هذا

ثم التسليم في الوقف عندهما أن يجعل له قيا ويسلمه اليه وفي المسجد أن يصلي فيه جماعة بأذان واقامة باذنه كذا ذكر القاضي في شرح الطحاوي وذكر القدوري رحمه الله في شرحه انه اذا أذن للناس بالصلاة فيه فصلي واحد كان تسليما ويحول ملكه عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وهل يشترط أن لا يشترط الواقف لنفسه من منافع الوقف شيئا عند أبي يوسف ليس بشرط وعند محمد شرط (وجه) قول محمد أن هذا اخراج المال الى الله تعالى وجعله خالصا له بشرط الانتفاع لنفسه يمنع الا خلاص فيمنع جواز الوقف كما اذا جعل أرضه أو داره مسجدا أو شرط من منافع ذلك لنفسه شيئا وكما لو اعتق عبده وشرط خدمته لنفسه ولا يبي يوسف ما روى عن سيدنا عمر رضي الله عنه انه وقف وشرط في وقفه لا جناح على من وليه أن يأكل منه بالمعروف وكان يلي أمر وقفه بنفسه وعن أبي يوسف رحمه الله أن الواقف اذا شرط لنفسه بيع الوقف وصرف ثمنه الى ما هو أفضل منه يجوز لأن شرط البيع شرط لا ينافيه الوقف ألا ترى انه يباع باب المسجد اذا خلق وشجر الوقف اذا بيس (ومنها) أن يجعل آخره بجهة لا ينقطع أبدا عند أبي حنيفة ومحمد فان لم يذكر ذلك لم يصح عندهما وعند أبي يوسف ذكر هذا ليس بشرط بل يصح وان سمي جهة تنقطع ويكون بعدها للفقراء وان لم يسهمهم (وجه) قول أبي يوسف انه ثبت الوقف عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وعن الصحابة ولم يثبت عنهم هذا الشرط ذكره التسمية ولأن قصص الواقف أن يكون آخره للفقراء وان لم يسهمهم هو الظاهر من حاله فكان تسمية هذا الشرط ثابتا لدلالة الثابت دلالة كالتأبث نصا ولهما ان التأبث بشرط جواز الوقف لما ذكره وتسمية جهة تنقطع توقيت له معنى فيمنع الجواز (وأما) الذي يرجع الى نفس الوقف فهو التأبث وهو أن يكون مؤبدا حتى لو وقت لم يحز لأنه ازالة الملك لا الى حد فلا تحتل التوقيت كالاتفاق وجعل الدار مسجدا

**فصل** وأما الذي يرجع الى الموقوف فأنواع (منها) أن يكون مما لا ينقل ولا يحول كالعتار ونحوه فلا يجوز وقف المنقول مقصودا لما ذكرنا ان التأبث بشرط جوازه ووقف المنقول لا يتأبد لكونه على شرف الهلاك فلا يجوز وقفه مقصودا الا اذا كاتب للعقار بأن وقف ضيعة بقرها أو كرتها وهم عبيده فيجوز كذا قاله أبو يوسف وجوازه تبعا لغيره لا يدل على جوازه مقصودا كبيع الشرب ومسيل الماء والطريق انه لا يجوز مقصودا ويجوز تبعا للأرض والدار وان كان شيئا جرت العادة بوقفه كوقف المر والقنوم لحفر القبور ووقف الرجل لتسخين الماء ووقف الجنابة وثياها ولو وقف أشجارا قائمة فالقياس أن لا يجوز لأنه وقف المنقول وفي الاستحسان يجوز لتعامل الناس ذلك وما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن ولا يجوز وقف الكراع والسلاح في سبيل الله تعالى عند أبي حنيفة لأنه منقول وما جرت العادة به وعند أبي يوسف ومحمد يجوز ويحوز عندهما بيع ما هم منها أو صار بحال لا ينتفع به فيبيع ويرد ثمنه في مثله كأنهم اتموا القياس في الكراع والسلاح بالنص وهو ما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال أما خال قد احتبس أكرأوا أفراسا في سبيل الله تعالى ولا حجة لهما في الحديث لأنه ليس فيه انه وقف ذلك فاحتمل قوله حبسه أي أمسكه للجهاد لا للتجارة (وأما) وقف الكتب فلا يجوز على أصل أبي حنيفة (وأما) على قولهما فقد اختلف المشايخ فيه وحكى عن نصر بن يحيى أنه وقف كتبه على الفقهاء من أصحاب أبي حنيفة (ومنها) أن يكون الموقوف مقسوما عند محمد فلا يجوز وقف المشايخ وعند أبي يوسف هذا ليس بشرط ويجوز مقسوما كان أو مشاعا لان التسليم شرط الجواز عند محمد والشيوع يخل بالقبض والتسليم وعند أبي يوسف التسليم ليس بشرط أصلا فلا يكون الخلل فيه ما نعا وقد روى عن سيدنا عمر رضي الله عنه انه ملك مائة نسهم بخير فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم احبس أصلها فدل على أن الشيوع لا يمنع صحة الوقف وجواب محمد رحمه الله يحتمل انه وقف مائة نسهم قبل القسمة ويحتمل انه بعدها فلا يكون حجة مع الشك والاحتمال على انه ان ثبت أن الوقف كان قبل القسمة فيحمل انه وقفها شائعا ثم قسم وسلم وقد روى انه فعل كذلك وذلك جائز كما لو وهب مشاعا ثم قسم وسلم

**فصل** وأما حكم الوقف الجائز وما يتصل به فالوقف اذا جاز على اختلاف العلماء في ذلك فحكمه أنه يزول

الموقوف عن ملك الواقف ولا يدخل في ملك الموقوف عليه لكنه ينتفع بخلته بالتصدق عليه لأن الوقف حبس الأصل وتصدق بالقرع والحبس لا يوجب ملك المحبوس كالرهن والواجب أن يسد بأبصر القرع إلى مصالح الوقف من عمارته واصلاح ماوهى من بنائه وسائر مؤناته التي لا بد منها سواء شرط ذلك الواقف أو لم يشترط لأن الوقف صدقة تجارية في سبيل الله تعالى ولا تحرى إلا بهذا الطريق ولو وقف داره على سكنى ولده فالعمارة على من له السكنى لأن المنفعة له فكانت المؤنة عليه لقوله عليه الصلاة والسلام الخراج بالضمان كالعبد الموصى بخدمته ان فقته على الموصى له بالخدمة لما قلنا كذا هذا فان امتنع من العمارة ولم يقدر عليها بأن كان فقيراً أجرها القاضي وعمرها بالاجرة لأن استبقاء الوقف واجب ولا يبقى إلا بالعمارة فاذا امتنع عن ذلك أو عجز عنه ناب القاضي منابه في استبقائه بالاجرة كالعبد والدابة اذا امتنع صاحبها عن الاتفاق عليها أثق القاضي عليها بالاجرة كذا هذا وما نهى من بناء الوقف وآلته صرفه إلى كفى في عمارة الوقف ان احتاج اليه وان استغنى عنه أمسكه إلى وقت الحاجة إلى عمارته فيصرفه فيها ولا يجوز أن يصرفه إلى مستحق الوقف لأن حقهم في المنفعة والغلة لا في العين بل هي حق الله تعالى على الخلوص ولو جعل داره مسجداً أغرب جوار المسجد أو استغنى عنه لا يعود إلى ملكه ويكون مسجداً أبداً عند أبي يوسف وعند محمد يعود إلى ملكه (وجه) قول محمد انه ازال ملكه بوجه مخصوص وهو التقرب إلى الله تعالى بمكان يصلى فيه الناس فاذا استغنى عنه فقد فات غرضه منه فيعود إلى ملكه كمالوكفن ميتاً ثم أكله سبع وبقى الكفن يعود إلى ملكه كذا هذا ولا ييوسف انه لما جعله مسجداً أقدره وجعله خالصاً لله تعالى على الإطلاق وصح ذلك فلا يحتمل العود إلى ملكه كالاتفاق بخلاف تكفين الميت لأنه ما حرر الكفن وانما دفع حاجة الميت به وهو ستر عورته وقد استغنى عنه فيعود ملكه وقوله ازال ملكه بوجه وقع الاستغناء عنه قلنا ممنوع فان المجتاز ينصلون فيه وكذا احتمال عود العمارة قائم وجهه القرية قد تحت بيتين فلا تبطل باحتمال عدم حصول المقصود ولو وقف داراً أو أرضاً على مسجد معين قال بعضهم هو على الاختلاف على قول أبي يوسف يجوز وعلى قول محمد لا يجوز بناء على أن المسجد عند أبي يوسف لا يصير ميراثاً بالخراب وعند محمد يصير ميراثاً وقال أبو بكر الأعمش ينبغي أن يجوز بالاتفاق وقال أبو بكر الأسكاف ينبغي أن لا يجوز بالاتفاق

﴿فصل﴾ وأما الصدقة اذا قال دارى هذه في المساكين صدقة تصدق بثمنها وان تصدق بعينها جاز لان الناذر بالندى يتقرب إلى الله تعالى بالمنذور به ومعنى القرية يحصل بالتصدق بثمن الدار وبل أولى ولو تصدق بعين الدار جاز لأنه أدى المنصوص عليه ولو قال دارى هذه صدقة موقوفة على المساكين تصدق بالسكنى والغلة عند أبي حنيفة لأن المنذور به صدقة موقوفة والوقف حبس الأصل وتصدق بالقرع ولو قال مالى في المساكين صدقة تصدق بكل مال تجب فيه الزكاة استحساناً والقياس أن يتصدق بالكل لأن اسم المال ينطلق على الكل (وجه) الاستحسان أن إيجاب العبد معتبر بإيجاب الله تعالى ثم إيجاب الصدقة المتعلقة باسم الله من الله تعالى في قوله تعالى خذ من أموالهم صدقة ونحو ذلك نصرف إلى بعض الأموال دون الكل فكذا إيجاب العبد ولو قال ما ملكه فهو صدقة تصدق بجميع ماله ويقال له أمسك قدر ما تنفقه على نفسك وعيالك إلى أن تكسب مالا فاذا اكتسب مالا تصدقت بمثل ما أمسكت لنفسك لأنه اضاف الصدقة إلى المملوك وجميع ماله مملوك له فيتصدق بالجميع الا انه يقال له أمسك قدر النفقة لأنه لو تصدق بالكل على غيره لا يحتاج إلى أن يتصدق غيره عليه وقد قال عليه الصلاة والسلام ابدأ بنفسك ثم بمن تعول والله عز وجل أعلم

— — — — —

﴿كتاب الدعوى﴾

الكلام في هذا الكتاب يقع في مواضع في بيان ركن الدعوى وفي بيان شرائط الركن وفي بيان حد المدعى

والمدعى عليه وفي بيان حكم الدعوى وما يتصل به وفي بيان حجة المدعى والمدعى عليه وفي بيان علائق اليمين وفي بيان ما تندفع به الخصومة عن المدعى عليه ويخرج عن كونه خصما وفي بيان حكم تعارض الدعوتين مع تعارض البينتين وحكم تعارض الدعوى لا غير وفي بيان حكم الملك والحق الثابت في المحل (أما) ركن الدعوى فهو قول الرجل لى على فلان أو قبل فلان كذا أو قضيت حق فلان أو برأى عن حقه ونحو ذلك فإذا قال ذلك فقد تم الركن

**فصل** وأما الشرائط المصححة للدعوى فأنواع منها عقل المدعى والمدعى عليه فلا تصح دعوى المجنون والصبي الذي لا يعقل وكذا لا تصح الدعوى عليها حتى لا يلزم الجواب ولا تسمع البينة لانهما مبنيان على الدعوى الصحيحة ومنها ان يكون المدعى معلوما لتعذر الشهادة والقضاء بالجهول والعلم بالمدعى انما يحصل بأحد أمرين اما الاشارة واما التسمية وجملة الكلام فيه ان المدعى لا يخلو اما ان يكون عينا واما ان يكون دينافان كان عينا فلا يخلو اما ان كان محتملا للنقل أو لم يكن محتملا للنقل فان كان محتملا للنقل فلا بد من احضاره لتمكن الاشارة اليه عند الدعوى والشهادة فيصير معلوما بها الا اذا تعذر نقله كحجر الرحي ونحوه فان شاء القاضي استحضره وان شاء بعث اليه أمينا وان لم يكن محتملا للنقل وهو العاقل فلا بد من بيان حده ليكون معلوما لان العاقل لا يصير معلوما الا بالتحديد ثم لا خلاف في أنه لا يكتفى فيه بذكر حد واحد وكذا بذكر حدين عند أبي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف وهل تقع الكفاية بذكر ثلاثة حدود قال علماؤنا الثلاثة رضي الله عنهم نعم وقال زفر رضي الله عنه لا وهي مسألة كتاب الشروط وكذا لا بد من بيان موضع الحدود وبلده ليصير معلوما هذا اذا كان المدعى عينا فان كان دينافلا بد من بيان جنسه ونوعه وقدره وصفته لان الدين لا يصير معلوما الا ببيان هذه الاشياء ومنها ان يذكر المدعى في دعوى العقار انه في يد المدعى عليه لان الدعوى لا بد وان تكون على خصم والمدعى عليه انما يصير خصما اذا كان بيده فلا بد وان يذكر انه في يده ليصير خصما فاذا ذكر وأنكر المدعى عليه ولا بينة للمدعى فانه يحلف من غير الحاجة الى اقامة البينة من المدعى على انه في يد المدعى عليه ولو كان له بينة لا تسمع حتى يقيم البينة على أنه في يده هذا المدعى عليه ووجه الفرق ان من الجائز ان يكون صاحب اليد غيره واصطلاحا على ذلك فلو سمع القاضي بينته لكان قضاء على الغائب وهذا المعنى هنا متعذر لانه لا قضاء هنا أصلا لان المدعى عليه لا يخلو اما ان يحلف واما ان ينكل فان حلف فلا مرفيه ظاهر وان نكل فكذلك لان القاضي لا يقضى بشئ وانما يأمره بأن يخرج من الدار ويخلى بينها وبين المدعى ومنها ان يذكر انه يطالبه به لان حق الانسان انما يجب ايفاؤه بطلبه ومنها ان يكون بلسانه عينا اذا لم يكن به عذر الا اذا رضى المدعى عليه بلسان غيره عند أبي حنيفة وعند هماليس بشرط حتى لو وكل المدعى بالخصومة من غير عذر ولم يرض به المدعى عليه لا تصح دعواه عنده حتى لا يلزم الجواب ولا تسمع منه البينة وعند هماليس حتى يلزم وتسمع لما علم في كتاب الوكالة ومنها مجلس الحكم فلا تسمع الدعوى الا بين يدي القاضي كما لا تسمع الشهادة الا بين يديه ومنها حضرة الخصم فلا تسمع الدعوى والبينة الا على خصم حاضر الا اذا التمس المدعى بذلك كتابا بحكم القضاء به فيجيبه القاضي اليه فيكتب الى القاضي الذي الغائب في بلده بما سمعه من الدعوى والشهادة ليقضى عليه وهذا عندنا وعند الشافعي رحمه الله حضرة المدعى عليه ليست بشرط لسماع الدعوى والبينة والقضاء فيجوز القضاء على الغائب عنده وعندنا لا يجوز وجه قول الشافعي رحمه الله انه ظهر صدق المدعى في دعواه على الغائب بالبينة فيجوز القضاء بينته قياسا على الحاضر ودلالة الوصف أن دعوى المدعى وان كان خبرا يحتمل الصدق والكذب لكن يرجح جانب صدقه على جانب الكذب في خبره بالبينة فيظهر صدقه في دعواه كما اذا كان المدعى عليه حاضرا يحققه أن المدعى عليه لا يخلو اما ان يكون مقرا واما ان يكون منكرا فان كان مقرا فكان المدعى صادقا في دعواه فلا حاجة الى القضاء وان كان منكرا فظهر صدقه بالبينة فكان القضاء بالبينة قضاء بحجة مظهره للخلق فجاز (ولنا) ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لسيدنا على رضي الله عنه لا تقض لاحد الخصمين ما لم تسمع كلام الآخرناه عليه الصلاة والسلام عن القضاء

لا أحد الخصمين قبل سماع كلام الآخر والقضاء بالحق للمدعى حال غيبة المدعى عليه قضاء لا أحد الخصمين قبل سماع كلام الآخر فكان منها عنه ولأن القاضي مأثور بالقضاء بالحق قال الله تبارك وتعالى جل شأنه يادادان جعلناك خليفة في الأرض فاحكم بين الناس بالحق وقال عليه الصلاة والسلام لعمر بن العاص اقض بين هذين قال أقضى وأنت حاضر بيننا فقال عليه الصلاة والسلام اقض بينهما بالحق والحق اسم للكائن الثابت ولا يثبت مع احتمال العدم واحتمال العدم ثابت في البينة لا احتمال الكذب فلم يكن الحكم بالبينة حكماً بالحق فكان ينبغي أن لا يجوز الحكم بها أصلاً إلا أنها جعلت حجة لضرورة فصل الخصومات والمنازعات ولم يظهر حالة الغيبة وقد خرج الجواب عن كلامه ثم انما لا يجوز القضاء عندنا على الغائب إذا لم يكن عنه خصم حاضر فإن كان يجوز لانه يكون قضاء على الحاضر حقيقة ومعنى والخصم الحاضر الوكيل والوصى والوارث ومن كان بينه وبين الغائب اتصال فيما وقع فيه الدعوى لأن الوكيل والوصى نائبان عنه بصرى النيابة والوارث نائب عنه شرعاً وحضرة النائب كحضرة المنوب عنه فلا يكون قضاء على الغائب معنى وكذا إذا كان بين الحاضر والغائب اتصال فيما وقع فيه الدعوى بان كان ذلك سبباً لثبوت حق الغائب لأن الحاضر يصير مدعى عليه فيما هو حقه ومن ضرورة ثبوت حقه ثبوت حق الغائب فكان الكل حق الحاضر لأن كل ما كان من ضرورات الشيء كان ملحقاً به فيكون قضاء على الحاضر حتى ان من ادعى على آخرانه أخوه ولم يدع ميراثاً ولا نفقة لا تسمع دعواه لانه دعوى على الغائب لانه يريد اثبات نسبته من أب المدعى عليه وأمه وهما غائبان وليس عنهما خصم حاضر لانه لم توجد الولاية ولا حق يقضى به على الوارث ليكون ثبوت النسب من الغائب من ضروراته تبعاً له فلا تسمع دعواه أصلاً ولو ادعى عليه ميراثاً أو نفقة عند الحاجة تسمع دعواه وتقبل بينته لانه دعوى حق مستحق على الحاضر وهو المال ولا يمكن اثباته إلا بآيات نسبته من الغائب فينصب خصماً عن الغائب ضرورة ثبوت الحق المستحق تبعاً له ولهذا لو أقر بالنسب من غير دعوى المال لا يصح اقراره بخلاف ما لو ادعى على رجل انه أبوه أو ابنه أنه يصح من غير دعوى المال الحاضر لانه ليس فيه حمل نسب الغير على الغير فكان دعوى على الحاضر ألا ترى انه لو أقر به يصح اقراره بخلاف الاقرار بالآخرة وعلى هذا تخرج المسائل الخمسة وتوابها على ما نذكرها في موضعها ان شاء الله تعالى ومنها عدم التناقض في الدعوى وهو أن لا يسبق منه ما يناقض دعواه لاستحالة وجود الشيء مع ما يناقضه وينافيه حتى لو أقر بعين في يده لرجل فامر القاضي بدفعها اليه ثم ادعى انه كان اشتراها منه قبل ذلك لا تسمع دعواه لأن اقراره بالملك لغيره للحال يمنع الشراء منه قبل ذلك لأن الشراء يوجب الملك للمشتري فكان مناقضاً للاقرار والاقرار يناقضه فلا يصح وكذا لو لم يقر ونكل عن العيّن فقضى عليه بنكوله ثم ادعى انه كان اشتراه منه قبل ذلك لا تسمع دعواه ولا تقبل بينته في ظاهر الرواية لأن النكول بمنزلة الاقرار وروى عن أبي يوسف أنه تسمع دعواه وتقبل بينته هذا إذا ادعى انه اشتراه منه قبل الاقرار والنكول فاما إذا ادعى انه اشتراه منه بعد ذلك تسمع دعواه بلا خلاف لأن الاقرار بالملك لفلان لا يمنع الشراء منه بعد ذلك لانعدام التناقض لا اختلاف الزمان ولو قال هذا لفلان اشتريته منه تسمع منه موصولاً قال ذلك أو مفصولاً لانه لم يسبق منه ما يناقض الدعوى بل سبق منه ما يقررها لانه سابقاً للملك لفلان شرط تحقق الشراء منه ولو قال هذا العبد لفلان اشتريته منه موصولاً فالقياس أن لا تصح دعواه وفي الاستحسان تصح ولو قال ذلك مفصولاً لا تصح قياساً واستحساناً وجه القياس أن قوله هو لفلان اقرار منه بكونه ملكاً لفلان في الحال فهذا يناقض دعوى الشراء لأن الشراء يوجب كونه ملكاً للمشتري فلا يصح كما إذا قال مفصولاً وجه الاستحسان أن قوله هو لفلان اشتريته منه موصولاً معناه في متعارف الناس وعاداتهم انه كان لفلان فاشتريته منه قال الله عز وجل واذكروا إذا كنتم قليلين مستضعفون في الأرض أي اذكروا قليلًا اذ كنتم قليلًا اذ كنتم قليلًا وقت نزول الآية الشريفة فيحمل عليه تصحيح حاله ولا عادة جرت بذلك في المفصول فحمل على حقيقته وهو بحقيقته مناقضة فلا تسمع هذا إذا بين انه اشتراه قبل الاقرار فان بين انه اشتراه بعده تسمع دعواه لانعدام التناقض

على ما بيننا وكذلك لو لم يبين وادعى الشراء مبهما ثم لم يسمعه لان لم يذكر الوقت يحمل على الحال تصحيح حاله هذا اذا قال هذا الشيء فلان ولم يقل لاحق لي فيه فان قال لاحق لي فيه ثم ادعى الشراء بعد ذلك لا تسمع دعواه لان قوله لاحق لي فيه لتأكيد البراءة الا اذا تبين أنه اشتراه بعد الاقرار فسمع لما قلنا ولو ادعى على رجل ديناً فقال المدعى عليه لم يكن لك على شيء قط فاقام المدعى البينة وقضى القاضي بذلك ثم أقام المدعى عليه البينة أنه كان قد قضاه اياه تسمع دعواه وتقبل بينته لجواز أنه لم يكن عليه شيء وانما قضاه اياه لدفع الدعوى الباطلة ولو قال لم يكن لك على شيء ولا اعرفك فاقام المدعى البينة وقضى القاضي بينته ثم أقام المدعى عليه البينة أنه كان قضاه لا تسمع دعواه ولا تقبل بينته لان قوله لا اعرفك يناقض دعوى القضاء لان الظاهر انه لا يقضى الا بعد معرفته اياه فكان في دعوى القضاء مناقضاً فلا تسمع ولو ادعى على رجل أنه اشترى منه عبداً بعينه والعبد في يد البائع فانكر البائع البيع فاقام المشتري البينة وقضى القاضي به ثم وجد به عيباً فادأن برده على البائع فاقام البائع البينة على ان المشتري كان ابراه عن كل عيب لم تسمع دعواه ولا تقبل بينته لان انكار البيع يناقض دعوى البراءة عن العيب لان البراءة يقتضي وجود البيع فكان مناقضاً في دعوى البراءة فلا تسمع وعلى هذا مسائل والاصل في هذا الباب أنه اذا سبق من المدعى ما يناقض دعواه يمنع محبة الدعوى الا في النسب والعقود فان التناقض فيهما غير معتبر بان قال لجهول النسب هو ابني من الزنا ثم قال هو ابني من النكاح تسمع دعواه وكذا مجهول النسب اذا أقر بالرق لرجل ثم ادعى انه حر الاصل تسمع دعواه حتى تقبل بينته لان بيان النسب مبني على أمر خفي وهو العلوق منه اذ هو مما يغلب خفاؤه على الناس فالتناقض في مثله غير معتبر كما اذا اختلفت امرأة زوجها على مال ثم ادعت انه كان طلقها ثلاثاً قبل الخلع وأقامت البينة على ذلك تسمع دعواها وتقبل بينتها لما قلنا كذا هذا وكذا الرق والحرية ومنها ان يكون المدعى محتمل للثبوت لان دعوى ما يستحيل وجوده حقيقة أو عادة تكون دعوى كاذبة حتى لو قال لمن لا يولد مثله لهذا ابني لا تسمع دعواه لاستحالة ان يكون الا كبرسنا ابنا لمن هو أصغر سناً منه وكذا اذا قال لمرءف النسب من الغير هذا ابني والله تعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان حد المدعى والمدعى عليه فقد اختلفت عبارات المشايخ في تحديد ههما قال بعضهم المدعى من اذا ترك الخصومة لا يجبر عليها والمدعى عليه من اذا ترك الجواب يجبر عليه وقال بعضهم المدعى من يلتزم قبل غيره لنفسه عينا أو ديناً أو حقاً والمدعى عليه من يدفع ذلك عن نفسه وقال بعضهم ينظر الى المتخاصمين أيهما كان منكراً فالآخر يكون مدعياً وقال بعضهم المدعى من يخبر عما في يد غيره لنفسه والمدعى عليه من يخبر عما في يد نفسه لنفسه فينصلان بذلك عن الشاهد والمقر والشاهد من يخبر عما في يد غيره لغيره والمقر من يخبر عما في يد نفسه لغيره

﴿فصل﴾ وأما بيان حكم الدعوى وما يتصل به فحكمها وجوب الجواب على المدعى عليه لان قطع الخصومة والمنازعة واجب ولا يمكن القطع الا بالجواب فكان واجبا وهل يسأله القاضي الجواب قبل طلب المدعى ذكر في أدب القاضي انه يسأله وذكر في الزيادات انه لا يسأله ما لم يقل المدعى أسأله عن دعواي وعلى هذا اذا تقدم الخصمان الى القاضي هل يسأل المدعى عن دعواه في أدب القاضي انه يسأله وفي الزيادات انه لا يسأله ويعرف ذلك في كتاب أدب القاضي وسيأتي واذا وجب الجواب على المدعى عليه فاما ان أقر أو سكوت أو أنكر فان أقر يؤمر بالدفع الى المدعى لظهور صدق دعواه وان أنكر فان كان للمدعى بينة أقامها ولو قال لا بينة لي ثم جاء بالبينة هل تقبل روى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى انها تقبل وعن محمد انها لا تقبل وجه قول محمد ان قوله لا بينة لي اقرار على نفسه والانسان لا يتهم في اقراره على نفسه فالانسان بالبينة بعد ذلك رجوع عما أقر به فلا يصح وجه رواية الحسن عن حنيفة ان من الجائز ان تكون له بينة لم يعلمها المدعى بان أقر المدعى عليه بين يدي هؤلاء وهو لا يعلم به ثم علم بعد ذلك بها فامكن التوفيق فلا يكون الاتيان بالبينة بعد ذلك رجوعاً فتقبل وان لم يكن له بينة وطلب يمين المدعى عليه يحلف فيها

يحتمل التحليف فان سككت عن الجواب يأتي حكمه ان شاء الله تعالى في الفصل الذي يليه  
 ﴿فصل﴾ وأما حجة المدعى والمدعى عليه فالبيئة حجة المدعى واليمين حجة المدعى عليه لقوله عليه الصلاة  
 والسلام البيئة على المدعى واليمين على المدعى عليه جعل عليه الصلاة والسلام البيئة حجة المدعى واليمين حجة المدعى  
 عليه والمعقول كذلك لان المدعى يدعى أمر أخفيا فيحتاج الى اظهاره وللبينة قوة الاظهار لانها كلام من ليس  
 بخصم فجعلت حجة المدعى واليمين وان كانت مؤكدة بذكر اسم الله عز وجل لكنها كلام الخصم فلا تصلح حجة  
 مظهرة للحق وتصلح حجة المدعى عليه لانه متمسك بالظاهر وهو ظاهر اليد فاجتبه الى استمرار حكم الظاهر  
 واليمين وان كانت كلام الخصم فهي كاف للاستمرار فكان جعل البيئة حجة المدعى وجعل اليمين حجة المدعى  
 عليه وضع الشيء في موضعه وهو وحد الحكمة وعلى هذا يخرج القضاة بشاهد واحد ويمن من المدعى انه لا يجوز عندنا  
 خلافا للشافعي رحمه الله احتج بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قضى بشاهد ويمين ولان الشهادة انما  
 كانت حجة المدعى لكونها امر رجحة جنسية الصديق على جنسية الكذب في دعواها الرجحان فكما يقع بالشهادة يقع  
 باليمين فكانت اليمين في كونها حجة مثل البيئة فكان ينبغي ان يكشف بها الا انه ضم اليها الشهادة نفيا للتممة (ولنا) الحديث  
 المشهور والمعقول ووجه الاستدلال به من وجهين أحدهما ان النبي عليه الصلاة والسلام أوجب اليمين على المدعى  
 عليه ولو جعلت حجة المدعى لا تبقى واجبة على المدعى عليه وهو خلاف النص والثاني انه عليه الصلاة والسلام جعل  
 كل جنس اليمين حجة المدعى عليه لانه عليه الصلاة والسلام ذكر اليمين بلام التعميم فيتمضي استغراق كل الجنس  
 فلو جعلت حجة المدعى لا يكون كل جنس اليمين حجة المدعى عليه بل يكون من الايمان ما ليس بحجة له وهو يمين المدعى  
 وهذا خلاف النص وأما الحديث فقد طعن فيه يحيى بن معين وقال لم يصح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم القضاء  
 بشاهد ويمين وكذا روى عن الزهري لما سئل عن اليمين مع الشاهد فقال بدعة وأول من قضى بهما معا وبه رضى الله  
 عنه وكذا ذكر ابن جرير عن عطاء بن أبي رباح انه قال كان القضاء الاول ان لا يقبل الا شاهدان وأول من قضى  
 باليمين مع الشاهد عبد الملك بن مروان مع مائه ورد مورد الاحاد ومخالفا للمشهور فلا يقبل وان ثبت انه قضى بشاهد  
 ويمين اما ليس فيه انه فيه قضى وقد روى عن بعض الصحابة انه قضى بشاهد ويمين في الايمان وعندنا يجوز القضاء  
 في بعض أحكام الايمان بشاهد واحد اذا كان عدلا بان شهادته أمن هذا الكافر تقبل شهادته حتى لا يقتل لكن  
 يسترق واليمين من باب ما يحتاج فيه فحمل على هذا توافقا بين الدلائل صيانة لها عن التناقض وبهذا يتبين بطلان  
 مذهب الشافعي رحمه الله في رده اليمين الى المدعى عند نكول المدعى عليه لان النبي عليه الصلاة والسلام ما جعل  
 اليمين حجة الا في جانب المدعى عليه فالرد الى المدعى يكون وضع الشيء في غير موضعه وهذا احد الظلم وعلى هذا  
 يخرج مسألة الخراج مع ذي اليد اذا اقام البيئة أنه لا تقبل بيئته ذي اليد لانها جعلت حجة للمدعى وذو اليد ليس بمدعى  
 بل هو مدعى عليه فلا تكون البيئة حجة له فالتحقت بيئته بالعدم فخلت بيئته المدعى عن المعارض فيعمل بها وقد يخرج  
 المسئلة على أصل آخر نذكره في موضعه ان شاء الله واذا عرفت ان البيئة حجة المدعى واليمين حجة المدعى عليه فلا بد من  
 معرفة علائقهما وعلائق البيئة قدم ذكرها في كتاب الشهادات ونذكر هنا علائق اليمين فنقول وبالله التوفيق الكلام  
 في اليمين في مواضع في بيان ان اليمين واجبة وفي بيان شرائط الوجوب وفي بيان الوجوب وفي بيان كيفية الوجوب  
 وفي بيان حكم أدائه وفي بيان حكم الامتناع عن تحصيل الواجب أما دليل الوجوب فالحديث المشهور وهو قوله عليه  
 الصلاة والسلام البيئة على المدعى واليمين على المدعى عليه وعلى كلمة ايجاب وأما شرائط الوجوب فانواع منها الانكار  
 لانها وجبت للحاجة الى دفع التهمة وهي تهمة الكذب في الانكار فاذا كان مقرا لا حاجة لان الانسان لا يهتم في  
 الاقرار على نفسه ثم الانكار نوعان نص ودلالة أما النص فهو صريح الانكار وأما الدلالة فهو السكوت عن جواب  
 المدعى من غير آفة لان الدعوى أوجبت الجواب عليه والجواب نوعان اقرار وانكار فلا بد من حمل السكوت على

أحدهما والجل على الانكار أولى لان العاقل المتدين لا يسكت عن اظهار الحق المستحق لغيره مع قدرته عليه وقد  
يسكت عن اظهار الحق لنفسه مع قدرته عليه فكان حمل السكوت على الانكار أولى فكان السكوت انكارا دلالة ولو لم  
يسكت المدعى عليه ولم يقر ولكنه قال لا أقر ولا أنكر وأصر على ذلك اختلف المشايخ فيه قال بعضهم هذا انكار  
وقال بعضهم هذا اقرار والاول أشبه لان قوله لا أنكر اخبار عن السكوت عن الجواب والسكوت انكار على مامر  
ومنها الطلب من المدعى لانها وجبت على المدعى عليه حقا للمدعى وحق الانسان قبل غيره واجب الا يفاء عند طلبه  
ومنها عدم البينة الحاضرة عند أبي حنيفة وعندهما ليس بشرط حتى لو قال المدعى لي بينة حاضرة ثم أراد ان يحلف  
المدعى عليه ليس له ذلك عنده وعندهما له ذلك وجه قولهما ان اليمين حجة المدعى كالبينة ولهذا لا تجب الا عند طلبه  
فكان له ولاية استيفاء أيهما شاء ولا بي حنيفة ان البينة في كونها حجة المدعى كالاصل لكونها كلام غير الخصم  
واليمين كالخلف عليها لكونها كلام الخصم فلها الوأقام البينة ثم أراد استحلاف المدعى عليه ليس له ذلك والقدرة  
على الاصل تمنع المصير الى الخلف ومنها ان لا يكون المدعى حقا لله عز وجل خالصا فلا يجوز الا استحلاف في  
الحدود والخالصة حقا لله عز وجل كحد الزنا والسرقة والشرب لان الاستحلاف لاجل النكول ولا يقضى بالنكول  
في الحدود والخالصة لانه بذل عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما اقرار فيه شبهه العدم والحدود لا تحتل البذل ولا  
تثبت بدليل فيه شبهه لهذا لا تثبت بشهادة النساء والشهادة على الشهادة الا ان في السرقة يحلف على أخذ المال وكذا  
لا يمين في اللعان لانه جار مجرى الحد وأما حد القذف فيجرى فيه الاستحلاف في ظاهر الرواية لانه ليس من  
الحدود والتمحض حقا لله تعالى بل يشوبه حق العبد فاشبه التعزير وفي التعزير يحلف كذا وهذا يجري  
الاستحلاف في القصاص في النفس والطرف لان القصاص خالص حق العبد ومنها ان يكون المدعى محتملا  
للاقرار به شرعا بان كان لو أقر به لصح اقراره به فان لم يكن لم يجز فيه الاستحلاف حتى ان من ادعى على رجل انه  
أخوه ولم يدع في يده ميراثا فأنكر لا يحلف لانه لو أقر به لآخوة لم يجز اقراره لكونه اقرارا أعلى غيره وهو أبوه ولو ادعى  
انه أخوه وان في يده مالا من تركه أبيه وهو مستحق لنصفه بانه من أبيه فأنكر يحلف لاجل الميراث لا لآخوة  
لانه لو أقر أنه أخوه صح اقراره في حق الارث حتى يؤمر بتسليم نصف الميراث اليه ولم يصح في حق النسب حتى  
لا يقضى بانه أخوه وعلى هذا عبد في بدر رجل ادعاه رجلان فأقر به لاحدهما وسلم القاضي العبد اليه فقال الآخر  
لا بينة لي وطلب من القاضي تحليف المقر لا يحلفه في عين العبد لانه لو أقر به لكان اقراره باطلا فاذا أنكر لا يحلف الا  
ان يقول الذي لم يقر له انك اتلفت على العبد باقرارك به لغيري فاضم قيمته لي يحلف المقر بالله تعالى ما عليه رقيمة  
ذلك العبد على هذا المدعى ولا رد شيء منها لانه لو أقر باتلافه لصح وضمن القيمة فاذا أنكر يستحلفه ولو ادعى  
رجل انه زوجه ابنته الصغيرة وأنكر الاب لا يحلف عند أبي حنيفة رحمه الله لطريقين أحدهما انه لو أقر به لا يصح  
اقراره عنده فاذا أنكر لا يستحلف والثاني ان الاستحلاف لا يجري في النكاح وعندهما يجري لكن  
عند أبي يوسف يحلف على السب وعند محمد على الحاصل والحكم على ما ذكره في موضعه هذا اذا كانت صغيرة  
عند الدعوى فان كانت كبيرة وادعى أن أباهاز وجهها ياه في صفرها لا يحلف عند أبي حنيفة لما قلنا من الطريقين  
وعندهما لا يحلف أيضا لاحد طريقين وهوانه لو أقر عليها في الحال لا يصح اقراره ولكن تحلف المرأة عندهما لانها  
لو أقرت لصح اقرارها وعنهما الاستحلاف يجري فيه لكن عند أبي يوسف تحلف على السب بالله عز وجل ما تعلم  
ان أباهاز وجهها هي صغيرة الا عند التعرض فتحلف على الحكم كما قال محمد ولو ادعت امرأة على رجل انه زوجه  
عنده فأنكر المولى لا يحلف عند أبي حنيفة رحمه الله لطريقين أحدهما انه لو أقر عليه لا يصح اقراره والثاني انه  
لا استحلاف في النكاح عنده وعندهما لا يحلف أيضا لكن لطريق واحد وهوانه لو أقر عليه لا يصح اقراره  
ولو ادعى رجل على رجل انه زوجه أمته لا يحلف المولى عند أبي حنيفة وعندهما يحلف لطريق واحد وهوان



الاستحلاف لا يجري في النكاح عنده وعندهما يجري ومنها ان يكون المدعى مما يحتمل البذل عند أبي حنيفة مع كونه محتملاً للاقرار وعندهما ان يكون مما يحتمل الاقرار سواء احتتمل البذل أولاً وعلى هذا يخرج اختلافهم في الاشياء السبعة انها لا يجري فيها الاستحلاف عند أبي حنيفة وهي النكاح والرجعة والتي في الابل والنسب والرق والولاء والاستيلاء أما النكاح فهو ان يدعى رجل على امرأة انها امرأته او تدعى امرأة على رجل انه زوجها ولا بينة للمدعى وطلب عين المنكر وأما الرجعة فهو ان يقول الزوج للمطلة بعد انقضائها قد كنت راجعتك وانكرت المرأة وعجز الزوج عن اقامة البينة فطلب يمينها وأما التي في الابل فهو ان يكون الرجل آلى من امرأته ومضت أربعة أشهر فقال قد كنت ففت اليك بالجماع فلم تبينى فقالت لم تنق الى ولا بينة للزوج فطلب يمينها وأما النسب فنحو ان يدعى على رجل انه أبوه او ابنه فانكر الرجل ولا بينة له وطلب يمينه وأما الرق فهو ان يدعى على رجل انه عبده فانكر وقال انه حر الاصل لم يجز عليه رق أبداً ولا بينة للمدعى فطلب يمينه وأما الولاء فانه يدعى على امرأة انه اعتق اباه وان أباه مات وولاه بينهما نصفان فانكرت ان يكون اعتقه وان يكون ولاؤه بآبائه منه ولا بينة للمدعى فطلب يمينها على ما أنكرت من الولاء وأما الاستيلاء فهو ان تدعى أمة على مولاه فتقول انا أم ولد لمولاي وهذا ولد لي فانكر المولى لا يجري الاستحلاف في هذه المواضع السبعة عند أبي حنيفة وعندهما يجري والدعوى من الجانبين تتصور في القصول الستة وفي الاستيلاء لا يتصور الا من جانب واحد وهو جانب الامه فاما جانب المولى فلا تتصور الدعوى لانه لو ادعى لثبت بنفس الدعوى وهذا بناء على ما ذكرنا ان النكول بذل عنه وهذه الاشياء لا تحتمل البذل وعندهما اقرار فيه شبهة وهذه الاشياء تثبت بدليل فيه شبهة وجه قولهما ان نكول المدعى عليه دليل كونه كاذباً في انكاره لانه لو كان صادقاً لما امتنع من اليمين الصادقة فكان النكول اقراراً لدلالة الالهة عليه دليل قاصرة فيها شبهة العدم وهذه الاشياء تثبت بدليل قاصريه شبهة العدم ألا ترى انها تثبت بالشهادة على الشهادة وشهادة رجل وامرأتين (ولا بي حنيفة) ان النكول يحتمل الاقرار لما قلتم ويحتمل البذل لان العاقل الدين كما يتخرج عن اليمين الكاذبة يتخرج عن التنيير والطعن باليمين ببذل المدعى الا ان حمله على البذل أولى لا نالو جعلناه اقراراً للكذب بناء لما فيه من الانكار ولوجعلناه بذلاً لم نكذب لانه يصير في التقدير كانه قال ليس هذا لك ولكني لا أمنعك عنه ولا أنازعك فيه فيحصل المقصود من غير حاجة الى التكذيب واذا ثبت ان النكول بذل وهذه الاشياء لا تحتمل البذل فلا تحتمل النكول فلا تحتمل التحليف لانه انما يستحلف المدعى لينكل المدعى عليه فيقضى عليه فاذا لم يحتمل النكول لا يحتمل التحليف

فصل في بيان كيفية اليمين في الكلام فيه يتعلق بموضعين (أحدهما) في بيان صفة التحليف نفسه انه كيف يحلف والثاني في بيان صفة الحلف عليه انه على ماذا يحلف (أما الاول) فالامر لا يخلو اما ان كان الحالف مسلماً واما ان كافراً فان كان مسلماً فيحلفه القاضي بالله تعالى ان شاء من غير تغليظ لما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم حلف يزيد بن ركانة او ركانة بن عبد يزيد بالله عز وجل ما أردت بالبتة ثلاثاً وان شاء غلظ لان الشرع ورد بتغليظ اليمين في الجملة فانه روي رسول الله صلى الله عليه وسلم حلف ابن صوريا الا عور وغلظ فقال عليه الصلاة والسلام الذي أنزل التوراة على سيدنا موسى عليه الصلاة والسلام ان حد الزنا في كتابكم هذا وقال مشايخنا ينظر الى حال الحالف ان كان ممن لا يخاف منه الاجترار على الله تعالى باليمين الكاذبة يكتفى فيه بالله عز وجل من غير تغليظ وان كان ممن يخاف منه ذلك تغلظ لان من العوام من لا يبالي عن الحلف بالله عز وجل كاذباً فانه اغلظ عليه اليمين يمتنع وقال بعضهم ان كان المال المدعى يسيراً يكتفى فيه بالله عز وجل وان كان كثيراً يغلظ وصفة التغليظ ان يقول والله الذي لا اله الا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية ونحو ذلك مما يعد تغليظاً في اليمين وان كان الحالف كافراً فانه يحلف بالله عز وجل أيضاً ذمياً كان أو مشركاً لان المشركين لا ينكرون الصانع قال الله تبارك وتعالى جل شأنه ولئن سألتهم من

خلق السموات والارض ليقولن الله فيعظمون اسم الله تعالى عز شأنه ويعتقدون حرمة الاله الا الدهرية والزناقة  
وأهل الاباحة وهؤلاء أقوام لم يتجاسروا على اظهار نحتهم في عصر من الاغصار الى يومنا هذا ورجو من فضل الله  
عز وجل على أمة حبيبه صلى الله عليه وسلم ان لا يقدرهم على اظهار ما اتحلوه الى انقضاء الدنيا وان رأى القاضى ما  
يكون تغليظاً في دينه فعل لما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم غلظ على ابن صور يادل كل ذلك سائح فيغلظ  
على اليهودى بالله تعالى عز وجل الذى أنزل التوراة على سيدنا موسى عليه الصلاة والسلام وعلى النصرانى بالله الذى  
أنزل الانجيل على سيدنا عيسى عليه الصلاة والسلام وعلى المجوسى بالله الذى خلق النار ولا يحلف على الاشارة  
الى مصحف معين بان يقول بالله الذى أنزل هذا الانجيل أو هذه التوراة لانه قد ثبت تحريف بعضها فلا يؤمن ان تقع  
الاشارة الى الحرف فيكون التحليف به تعظيماً لما ليس بكلام الله عز وجل ولا يبعث هؤلاء الى بيوت عبادتهم من  
البيعة والكنيسة وبيت النار لان فيه تعظيم هذه المواضع وكذا لا يجب تغليظ اليمين على المسلم زمان ولا مكان عندنا  
وقال الشافعى رحمه الله ان كان بالمدينة يحلف عند المنبر وان كان بمكة يحلف عند الميزاب ويحلف بعد العصر  
والصحيح قولنا لما روينا من الحديث المشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام البيعة على المدعى واليمين على المدعى  
عليه مطلقاً عن الزمان والمكان وروى انه اختصم زيد بن ثابت وابن مطيع في دار الى مروان بن الحكم فقضى على زيد  
ابن ثابت باليمين عند المنبر فقال له زيد احلف له مكافئ فقال له مروان لا والله الا عند مقاطع الحقوق فجعل زيد يحلف ان  
حقه لحق وأبى ان يحلف عند المنبر فجعل مروان يعجب من ذلك ولو كان ذلك لازماً لما احتمل ان يباهه زيد بن ثابت  
ولان تخصيص التحليف بمكان وزمان تعظيم غير اسم الله تبارك وتعالى وفيه معنى الاشرار في التعظيم والله عز وجل  
أعلم (وأما) بيان صفة الحلوف عليه انه على ما ذابحاف فتقول الدعوى لا تخلو اما ان كانت مطلقة عن سبب وامان  
كانت مقيدة بسبب فان كانت مطلقة عن سبب بان ادعى عبد أو جارية أو رضاء أو أنكر المدعى عليه فلا خلاف في  
انه يحلف على الحكم وهو ما وقع فيه الدعوى فيقال بالله ما هذا العبد أو الجارية أو الرضاء أو أنكر المدعى عليه فلا شأن  
وان كانت مقيدة بسبب بان ادعى انه أقرضه ألفاً أو غصبه ألفاً أو أودعه ألفاً وأنكر المدعى عليه فقد اختلف أبو  
يوسف ومحمد في انه يحلف على السبب أو على الحكم قال أبو يوسف يحلف على السبب بالله ما استقرضت منه ألفاً  
أو ما غصبته ألفاً أو ما أودعني ألفاً الان يعرض المدعى عليه ولا يصرح فيقول قد يستقرض الانسان وقد يغصب وقد  
يودع ولا يكون عليه لانه أبرأه عن ذلك أو رد الوديعة وأن لا أبين ذلك لثلاث يلزمني شيء فينثذ يحلف على الحكم وقال  
محمد يحلف على الحكم من الا ابتداء بالله ماله عليك هذه الالف التي ادعى (وجه) قول محمد ان التحليف على السبب  
تحليف على ما لا يمكنه الحلف عليه عسى لجوازه انه وجد منه السبب ثم ارتفع بالابراء أو بالرد فلا يمكنه الحلف على  
نفي السبب ويمكنه الحلف على نفي الحكم على كل حال فكان التحليف على الحكم أولى (وجه) قول أبي يوسف  
ما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم حلف اليهود بالله وفي باب النفسامة على السبب فقال عليه الصلاة والسلام  
بالله ما قتلتموه ولا علمتم له قاتلاً فيجب الاقتداء به ولان الداخل تحت الحلف ما هو الداخل تحت الدعوى والداخل  
تحت الدعوى في هذه الصورة مقصودا هو السبب فيحلف عليه فبعد ذلك ان أمكنه الحلف على السبب حلف عليه  
وان لم يمكنه وعرض فينثذ يحلف على الحكم وعلى هذا الخلاف دعوى الشراء اذا أنكر المدعى عليه فعند أبي يوسف  
يحلف على السبب بالله عز وجل ما بعته هذا الشيء الا ان يعرض الخصم والتعريض في هذا ان يقول قديبيع الرجل  
الشيء ثم يعود اليه بهبة أو فسخ أو اقالة أو رد بعيب أو خيار شرط أو خيار رؤية وأن لا أبين ذلك كي لا يلزمني شيء  
فينثذ يحلف على الحكم بالله تعالى ما بينكما بيع قائم أو شراء قائم بهذا السبب الذى يدعى وهكذا يحلف على قول  
محمد وعلى هذا دعوى الطلاق بان ادعت امرأة على زوجها انه طلقها ثلاثاً أو خالها على كذا وأنكر الزوج ذلك يحلف  
على السبب عند أبي يوسف بالله عز وجل ما طلقها ثلاثاً أو ما خالها الا ان يعرض الزوج فيقول الانسان قديخالج

امرأته ثم تعود اليه وقد يطلقها ثلاثاً ثم تعود اليه بعد زوج آخر فينكح بحلف بالله عز وجل ما هي حرام عليك ثلاث تطليقات أو بالله عز وجل ما هي مطلقة منك ثلاثاً أو ما هي حرام عليك بالخلع أو ما هي بئن منك ونحو ذلك من العبارات وهكذا يحلف على قول محمد وعلى هذا دعوى العتاق في الامة بان ادعت امة على مولاه انه اعتقها وهو منكر عند أبي يوسف يحلف المولى على السبب بالله عز وجل ما اعتقها الا ان يعرض لانه يتصور النقص في هذا والعود اليه بان ارتدت المرأة ولحقت بدار الحرب ثم سبها أو سبها غيرها فاشترها فحينئذ يحلف كما قاله محمد ولو كان الذي يدعي العتق هو العبد فيحلف على السبب بلا خلاف بالله عز وجل ما اعتقه في الرق القائم للحال في ملكه لانعدام تصور التعريض لان العبد المسلم لا يحتمل السبي بعد العتق حتى لو كان العبد لم يعرف مسلماً أو كان كافراً يحلف عند محمد على الحكم لاحتمال العود الى الرق لان الذي اذا تقض العهد ولحق بدار الحرب ثم سبي يسترق بخلاف المسلم فانه يجبر على الاسلام ويقتل ان أبى ولا يسترق وعلى هذا دعوى النكاح وهو تهرىع على قولهما لان أبا حنيفة لا يرى الاستحلاف فيه فيقول الدعوى لا تخلو اما ان تكون من الرجل أو من المرأة فان كانت من الرجل وأنكرت المرأة النكاح فعند أبي يوسف يحلف على السبب الا ان يعرض لاحتمال الطلاق والفرقة بسبب ما حينئذ يحلف على الحكم بالله عز وجل ما بينكما نكاح قائم كما هو قول محمد واما عند أبي حنيفة لوقال الزوج أنا أريد أن أتزوج أختها أو أرباً سواها فان القاضي لا يمكنه من ذلك لانه اقرار لهذه المرأة انها امرأته فيقول له ان كنت تريد ذلك فطلق هذه ثم تزوج أختها أو أرباً سواها وان كان دعوى النكاح من المرأة على رجل فانكر فعند أبي يوسف يحلف على السبب الا ان يعرض فيحلف على الحكم كما قاله محمد فاما عند أبي حنيفة لوقالت المرأة اني أريد أن أتزوج فان القاضي لا يمكنها من ذلك لانه قد أقرت ان لها زوجاً فلا يمكنها من الزوج زوج آخر فان قالت ما للخلاص عن هذا وقد بقيت في عهده أبداً الدهر وليست لي بينة وهذه تسمى عهدة أبي حنيفة فانه يقول القاضي للزوج طلقها فان أبى أجبره القاضي عليه فان قال الزوج لو طلقها للزمني المهر فلا يفعل ذلك يقول له القاضي قل لها ان كنت امرأتى فانت طالق فتطلق لو كانت امرأتى وان لم تكن فلا ولا يلزمك شيء لان المهر لا يلزم بالشك فان أبى يجبره على ذلك فاذا فعل تخلص عن تلك العهدة ولو كانت الدعوى على اجارة الدار أو عبد أو دابة أو معاملة مزارعة فعند أبي يوسف يحلف على السبب الا اذا عرض وعند محمد يحلف على الحكم على كل حال وعند أبي حنيفة ما كان صحيحاً وهو الاجارة يحلف وما كان فاسداً وهو المعاملة والمزارعة لا يحلف أصلاً لان الحلف بناء على الدعوى الصحيحة ولم تصح عنده ولو كانت الدعوى في القتل الخطأ بان ادعى على رجل انه قتل أباه خطأ وانه وجبت الدية فانكر المدعى عليه يحلف على السبب عند أبي يوسف بالله ما قتلت الا اذا عرض وعند محمد على الحكم بالله ليس عليك الدية ولا على عاقلتك وانما يحلف على هذا الوجه لاختلاف المشايخ في الدية في فصله الخطأ انها تجب على العاقلة ابتداءً وتجب على القاتل ثم تتحمل عنه العاقلة فان حلف برى وان نكل يقضى عليه بالدية في ماله على ما نذر ان شاء الله تعالى

**فصل** وأما حكم أدائه فهو انقطاع الخصومة للحال لا مطلقاً بل مؤقتاً الى غاية احضار البينة عند عامة العلماء وقال بعضهم حكمه انقطاع الخصومة على الاطلاق حتى لو أقام المدعى البينة بعد يمين المدعى عليه قبلت بينته عند العامة وعند بعضهم لا تقبل لانه لو أقام البينة لا تبقى له ولاية الاستحلاف فكذا اذا استحلف لا يبقى له ولاية اقامة البينة والجامع ان حقه في احدهما فلا يملك الجمع بينهما والصحيح قول العامة لان البينة هي الاصل في الحجة لانها كلام الاجنبى فاما اليمين فكأن خلف عن البينة لانها كلام الخصم صير اليها للضرورة فاذا جاء الاصل انتهى حكم الخلف فكانه لم يوجد أصلاً ولو قال المدعى للمدعى عليه احلف وأنت برىء من هذا الحق الذي ادعيت به أو أنت برىء من هذا الحق ثم أقام البينة قبلت بينته لان قوله أنت برىء يحتمل البراءة للحال أى برىء عن دعواه وخصومته للحال ويحتمل البراءة عن الحق فلا يجعل ابراء عن الحق بالشك والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ واما حكم الامتناع عن تحصيله فالمدعى عليه اذا نكل عن اليمين فان كان ذلك في دعوى المال يقضى عليه بالمال عندنا لكن ينبغي للقاضي ان يقول له انى أعرض عليك اليمين ثلاث مرات فان حلفت والا قضيت عليك لجواز ان يكون المدعى عليه ممن لا يرى القضاء بالنكول أو يكون عنده ان القاضي لا يرى القضاء بالنكول أو لحقه حشمة القضاء ومهابة المجلس في المرة الاولى فكان الاحتياط ان يقول له ذلك فان نكل عن اليمين بعد العرض عليه ثلاثا فان القاضي يقضى عليه عندنا وعند الشافعي رحمه الله لا يقضى بالنكول ولكن يرد اليمين الى المدعى فيحلف فيأخذ حقه اجتمع الشافعي رحمه الله بقول النبي عليه الصلاة والسلام البيعة على المدعى واليمين على المدعى عليه جعل البيعة حجة المدعى واليمين حجة المدعى عليه ولم يذكر عليه الصلاة والسلام النكول فلو كان حجة المدعى لذكره والمعقول انه يحتمل انه نكل لكونه كاذبا في الانكار فاحترز عن اليمين الكاذبة ويحتمل انه نكل مع كونه صادقا في الانكار تو راعى اليمين الصادقة فلا يكون حجة القضاء مع الشك والاحتمال لكن يرد اليمين الى المدعى ليحلف فيقضى له لانه ترجح جنبه الصدق في دعواه بيمينه وقد ورد الشرع برد اليمين الى المدعى فانه روى أن سيدنا عثمان رضي الله عنه ادعى على المقداد مالا بين يدي سيدنا عمر رضي الله عنه فانكر المقداد وتوجهت عليه اليمين فرد اليمين على سيدنا عثمان وسيدنا عمر جوز ذلك (ولنا) ما روى ان شريحاً قضى على رجل بالنكول فقال المدعى عليه أنا أحلف فقال شريح مضى قضائي وكان لا تخفى قضايه على أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم ينقل انه أنكر عليه منكر فيكون اجماعاً منهم على جواز القضاء بالنكول ولانه ظهر صدق المدعى في دعواه عند نكول المدعى عليه فيقضى له كما لو اقام البيعة ودلالة الوصف ان المانع من ظهور الصدق في خبره انكاره المدعى عليه وقد عارضه النكول لانه كان صادقا في انكاره لما نكل فزال المانع للعارض فظهر صدقه في دعواه وقوله يحتمل انه نكل تو راعى اليمين الصادقة قلنا هذا احتمال نادر لان اليمين الصادقة مشروعة فالظاهر ان الانسان لا يرضى بفوات حقه تجرعا من مباشرة أمر مشروع ومثل هذا الاحتمال ساقط الاعتبار شرعا ألا يرى أن البيعة حجة القضاء بالاجماع وان كانت محتملة في الجملة لانا خير من ليس بمعصوم عن الكذب لكن لما كان الظاهر هو الصدق سقط اعتبار احتمال الكذب كذا هذا أو ما الحدیث فنقول البيعة حجة المدعى وهذا لا ينفي ان يكون غيرها حجة وقوله لو كان حجة لذكره قلنا يحتمل أنه لم يذكره لما قلنا ويحتمل انه لم يذكره نصا مع كونه حجة لتسليط للمجتهدين على الاجتهاد ليعرف كونه حجة بالرأى والاستنباط فلا يكون حجة مع الاحتمال وأما رد اليمين على المدعى فليس بمشروع لما قلنا من قبل وأما حديث المقداد فلا حجة فيه لان فيه ذكر الرد من غير نكول المدعى عليه وهو خارج عن أقاويل الكل فكان مؤولا عند الكل ثم تأويله ان المقداد رضي الله عنه ادعى الايفاء فانكر سيدنا عثمان رضي الله عنه فتوجهت اليمين عليه ونحن به نقول هذا اذا نكل عن اليمين في دعوى المال فان كان النكول في دعوى القصاص فنقول لا يخلو ما أن تكون الدعوى في القصاص في النفس واما أن تكون فيما دون النفس فان كان في النفس فعند أبي حنيفة لا يقضى فيه لا بالقصاص ولا بالمال لكنه يحبس حتى يقرأ ويحلف أبداً وان كان الدعوى في القصاص في الطرف فانه يقضى بالقصاص في العمد وبالدية في الخطأ وعندهما لا يقضى بالقصاص في النفس والطرف جميعا ولكن يقضى بالارش والدية فيهما جميعا بناء على ان النكول بذل عند أبي حنيفة رحمه الله والطرف يحتمل البذل والاباحة في الجملة فان من وقعت في يده آكلة والعياذ بالله تعالى فأمر غيره بقطعها يباح له قطعها صيانة للنفس وبه تبين ان الطرف يسلك مسلك الاموال لانه خلق وقاية للنفس كالمال فاما النفس فلا تحتمل البذل والاباحة بحال وكذا المباح له القطع اذا قطع لضمان عليه والمباح له القتل اذا قتل يضمن فكان الطرف جاريا مجرى المال بخلاف النفس فأمكن القضاء بالنكول في الطرف دون النفس فكان القياس ان لا يستحلف في النفس عنده كما لا يستحلف في الاشياء السبعة لان الاستحلاف للتوصل الى المقصود المدعى وهو احياء حقه بالقضاء بالنكول ولا يقضى فيها بالنكول أصلا عنده فكان ينبغي ان لا يستحلف الا انه استحسنت في الاستحلاف فيها لان

الشرع ورد به في القسامة وجعله حقا مقصودا في نفسه تعظيما لآمر الدم وتفخيما لشأنه ليكون اليمين الكاذبة مهلكة  
فصار بالنكول مانعا حقا مستحقا عليه مقصودا في حبس حتى يقرأ ويحلف بخلاف الاشياء السبعة فان الاستحلاف  
فيها للتوصل الى استيفاء المقصود بالنكول وأنه لا يقع وسيلة الى هذا المقصود وعندهما النكول اقرار فيه شبهة العدم  
لأنه اقرار بطريق السكوت وأنه محتمل والقصاص يدرأ بالشبهات وإذا سقط القصاص للشبهة يجب المال بخلاف  
شهادة النساء مع الرجال والشهادة على الشهادة أنها لا تقبل في باب القصاص أصلا لأن التعذر هناك من جهة من له  
القصاص وهو عدم الاتيان بحجة مظهره للفق وهي شهادة شهود أصول مذكور والتعذر هناك من جهة من عليه القصاص  
وهو عدم التنصيص على الاقرار والاصل ان القصاص اذا بطل من جهة من له القصاص لا تجب الدية وإذا بطل من  
جهة من عليه تجب الدية وأما في دعوى السرقة اذا حلف على المال ونكل يقضي بالمال لا بالقطع لأن النكول حجة في  
الاموال دون الحدود والمصلحة وأما في حد القذف اذا استحلف على ظاهر الرواية فكل يقضي بالحد في ظاهر الاقوال  
لأنه بمنزلة القصاص في الطرف عند أبي حنيفة وعندهما بمنزلة التعزير وقال بعضهم هو بمنزلة سائر الحدود لا يقضي فيه  
بشيء ولا يحلف لأنه حد وقيل يحلف ويقضي فيه بالتعزير دون الحد كما في السرقة يحلف ويقضي بالمال دون القطع  
والله سبحانه وتعالى أعلم

**فصل** \* وأما بيان ما تندفع به الخصومة عن المدعى عليه ويخرج عن كونه خصما للمدعى فنقول والله التوفيق  
انه يخرج عن كونه خصما للمدعى يكون يده غير يد المالك وذلك يعرف بالبيئة أو بالاقرار أو بعلم القاضي نحوه اذا ادعى  
على رجل دار أو ثوب أو دابة فقال الذي في يده هو ملك فلان الغائب أو دعيه وجملة الكلام فيه ان المدعى لا يتخلو اما  
أن يدعى عليه ملكا مطلقا ولم يدع عليه فعلا أو يدعى عليه فعلا فان ادعى ملكا مطلقا ولم يدع عليه فعلا فقال الذي في  
يده أو دعيه فلان الغائب أو رهنها أو أجرها أو أعارها أو غصبها أو سرقها أو أخذتها أو نزعها أو ضلت منه فوجدتها  
وأقام البيئة على ذلك تندفع عنه الخصومة عند عامة العلماء وقال ابن أبي ليلى تندفع عنه الخصومة أقام البيئة أو لم يقيم  
وقال ابن شبرمة لا تندفع عنه الخصومة أقام البيئة أو لم يقيم هذا اذا لم يكن الرجل معروفا بالافتعال والاحتيايل فان كان  
تندفع عنه الخصومة عند أبي حنيفة ومحمد أيضا وعند أبي يوسف لا تندفع وهي المسئلة المعروفة بالخسرة والحجج  
تعرف في الجامع وكذلك لو ادعى لنفسه والفعل على غير ذي اليد بأن قال هذا ملكي غصبه مني فلان لا نه لم يدع على  
ذو اليد فعلا فصار في حق ذي اليد دعوى مطلقة فكان على الخلاف الذي ذكرنا فاما اذا ادعى فعلا على ذي  
اليدين قال هذه دارى أو دابة أو ثوب أو دعتكها أو غصبتيها أو سرقتها أو استأجرتها أو ارتبتها مني وقال الذي في  
يديه انها لقان الغائب أو دعيه أو غصبها منه ونحو ذلك وأقام البيئة على ذلك لا تندفع عنه الخصومة ووجه الفرق  
ان ذا اليد في دعوى المطلق انما يكون خصما بيده ألا ترى انه لو لم يكن المدعى في يده لم يكن خصما فاذا اقام البيئة على ان  
اليدين كان الخصم ذلك الغير وهو غائب فاما في دعوى الفعل فانما يكون خصما فعلا لا بيده ألا ترى ان الخصومة  
متوجهة عليه بدون يده واذا كان خصما فعلا بالبيئة لا يتبين أن الفعل منه لم يكن فبقى خصما ولو ادعى فعلا لم يسم فاعله  
بان قال غصبت مني أو أخذت مني فاقام ذو اليد البيئة على الايداع تندفع الخصومة لأنه ادعى الفعل على مجهول وأنه  
باطل فالتحقق بالعدم فبقى دعوى ملك مطلق فتندفع الخصومة لأنه ادعى الفعل على مجهول وأنه باطل فالتحقق بالعدم  
فبقى دعوى ملك مطلق فتندفع الخصومة ولو قال سرق مني فالتحقيق ان تندفع الخصومة كما في الغصب والاخذ  
وهو قول محمد وزفر وفي الاستحسان لا تندفع فراقبين الغصب والاخذ وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما  
الله ووجه الفرق يعرف في الجامع ولو قال المدعى هذه الدار كانت لقان فاشتريتها منه وقال الذي في يده أو دعي  
فلان الذي ادعى الشراء من جهته أو سرقها منه أو غصبها تندفع عنه الخصومة من غير اقامة البيئة على ذلك لأنه ثبت  
كون يده بدغيره بتصادقهما أما المدعى عليه فظاهر وأما المدعى فبدعواه الشراء منه لان الشراء منه لا يصح بدون

اليد وكذا الوأقام الذي في يديه البيينة على اقرار المدعى بذلك لان الثابت بالبيينة كالثابت بالمعينة ولو عاينا اقراره لاندفعت الخصومة كذا هذا وكذلك اذا علم القاضي بذلك لان العلم المستفاد له في زمان القضاء فوق الاقرار لكونه حجة متمدية الى الناس كافة بمنزلة البيينة وكون الاقرار حجة مقتصرة على المقر خاصة ثم لما اندفعت الخصومة باقرار المدعى فبطل القاضى أولى ولو قال الذي في يديه ابتعته من فلان العائب لا تندفع الخصومة لانه ادعى الملك واليد لنفسه وهذا مقرر بكونه خصما فكيف تندفع الخصومة ولو أقام المدعى البيينة انه ابتاعه من عبد الله وقال الذي في يديه أو دعيه عبد الله ذلك تندفع الخصومة من غير بيينة لانهما تصادقا على الوصول اليه من يد عبد الله فابتنى اليده وهو غائب وعلى هذا الاصل مسائل كثيرة في الجامع والله تعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما حكم تعارض الدعوتين مع تعارض البينتين فالكلام فيه يقع في موضعين أحدهما في بيان حكم تعارض الدعوتين مع تعارض البينتين القائميتين على أصل الملك والثاني في بيان حكم تعارض البينتين القائميتين على قدر الملك أما الأول فالأصل ان البينتين اذا تعارضا في أصل الملك من حيث الظاهر فان أمكن ترجيح احدهما على الاخرى يعمل بالراجح لان البيينة حجة من حجج الشرع والراجح ملحق بالمتيقن في أحكام الشرع وان تعذر الترجيح فان أمكن العمل بكل واحدة منهما من كل وجه وجب العمل به وان تعذر العمل بهما من كل وجه وأمكن العمل بهما من وجه وجب العمل بهما لان العمل بالدليلين واجب بقدر الامكان وان تعذر العمل بهما أصلا سقط اعتبارهما والتحقق بالعدم اذا حجة مع المعارضة كمالا حجة مع المناقضة وجملة الكلام في هذا الفصل ان الدعوى ثلاثة أنواع دعوى الملك ودعوى اليد ودعوى الحق وزاد محمد مسائل الدعوى على دعوى الملك واليد والنسب (أما) دعوى الملك فلا تخلو اما أن تكون من الخارج على ذي اليد واما أن تكون من الخارجين على ذي اليد (وأما) أن تكون من صاحبي اليد أحدهما على الآخر فان كانت الدعوى من الخارج على ذي اليد دعوى الملك وأقاما البيينة فلا تخلو اما ان قامت البينتان على ملك مطلق عن الوقت واما ان قامت على ملك مؤقت واما ان قامت احدهما على ملك مطلق والاخرى على ملك مؤقت وكل ذلك لا يخلو اما ان كانت بسبب واما ان كانت بغير سبب فان قامت على ملك مطلق عن الوقت فينبغي الخارج أولى عندنا وعند الشافعي رحمه الله بيينة ذي اليد أولى (وجه) قوله ان البينتين تعارضتا من حيث الظاهر وترجحت بيينة ذي اليد باليد فكان العمل بها أولى ولهذا عمل بينته في دعوى السكاح (ولنا) ان البيينة حجة المدعى لقوله عليه الصلاة والسلام البيينة على المدعى وذو اليه ليس بمدح فلا تكون البيينة حجة والدليل على انه ليس بمدح ما ذكرنا من تحديد المدعى انه اسم لمن يخبر عما في يد غيره لنفسه والموصوف بهذه الصفة هو الخارج لا ذو اليد لانه يخبر عما في يد نفسه لنفسه فلم يكن مدعيا فالتحقت بينته بالعدم فبقيت بيينة الخارج بلا معارض فوجب العمل بها ولان بيينة الخارج أظهرت له سبق الملك فكان القضاء بها أولى كما اذا وقتت البينتان نصا ووقتت بيينة الخارج دلالة ودلالة الوصف انها أظهرت له سبق اليد لانهم شهدوا له بالملك المطلق ولا تحمل لهم الشهادة بالملك المطلق الا بعلمهم به ولا يحصل العلم بالملك الا بعد العلم بدليل الملك ولا دليل على الملك المطلق سوى اليد فاذا شهدوا بالخارج فقد أثبتوا كون المال في يده وكون المال في يد ذي اليد ظاهر اثابت للحال فكانت يد الخارج سا بقية على يده فكان ملكه سا بقا ضرورة واذا ثبت سبق الملك للخارج يقضى بينته لانه لما ثبت له الملك واليد في هذه العين في زمان سابق ولم يعرف لثالث فيها يد وملك علم انها انتقلت من يده اليه فوجب اعادته يده ورد المال اليه حتى يقيم صاحب اليد الاخر الحجة انه بأي طريق انتقل اليه كما اذا عين القاضي كون المال في يد انسان ويدعيه لنفسه ثم رآه في يد غيره فانه يأمره بالرد اليه اذا ادعاه ذلك الرجل الى ان يبين سببا صالحا للانتقال اليه وكذا اذا أقر المدعى عليه أن هذا المال كان في يد المدعى فانه يؤمر بالرد اليه الى أن يبين بالحجة طريقا صالحا للانتقال اليه كذلك هذا وصار كما اذا ارخا نصا وتاريخ أحدهما أسبق لان هذا تاريخ من حيث المعنى بخلاف النتائج لان هناك لم يثبت

سبق الخارج لا نعدم تصور السبق والتأخير فيه لان النتائج مما لا يحتمل التكرار في طلب الترجيح من وجه آخر فتترجح بينة صاحب اليد باليد وهنا بخلافه هذا اذا قامت البيئتان على ملك مطلق عن الوقت من غير سبب فأما اذا قامت على ملك موقت من غير سبب فان استوى الوقتان يقضى للخارج لانه بطل اعتبار الوقتين للتعارض فبقى دعوى ملك مطلق وان كان أحدهما أسبق من الآخر يقضى للاسبق وقتاً أيهما كان في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد رحمهم الله تعالى وروى ابن سماعة عن محمد انه رجع عن هذا القول عند رجوعه من الرقة وقال لا تقبل من صاحب اليد بينة على وقت وغيره الا في النتائج والصحيح جواب ظاهر الرواية لان بينة صاحب الوقت الاسبق أظهرت الملك له في وقت لا ينازعه فيه أحد في دفع المدعى الى أن يثبت بالدليل سبباً للانتقال عنه الى غيره وان أقامت احدهما على ملك مطلق والاخرى على ملك موقت من غير سبب لا عبرة للوقت عندهما ويقضى للخارج وعند أبي يوسف يقضى لصاحب الوقت أيهما كان وروى عن أبي حنيفة رحمه الله مثله (وجه) قول أبي يوسف أن بينة صاحب الوقت أظهرت الملك له في وقت خاص لا يعارضها فيه بينة مدعى الملك المطلق بيقين بل تحتل المعارضة وعدمها لان الملك المطلق لا يتعارض للوقت فلا تثبت المعارضة بالشك ولهذا الوادى كل واحد من الخارجين على ثالث وأقام كل واحد منهما البينة انه اشتراه من رجل واحد ووقت بينة أحدهما وأطلقت الاخرى انه يقضى لصاحب الوقت كذا هذا ولهما أن الملك احتمل السبق والتأخير لان الملك المطلق يحتمل التأخير والسبق لجواز أن صاحب البينة المطلقة لو وقت بينته كان وقتها أسبق فوق الاحتمال في سبق الملك الموقت فسقط اعتبار الوقت فبقى دعوى مطلق الملك فيقضى للخارج بخلاف الخارجين اذا ادعى الشراء من رجل واحد لان البائع اذا كان واحداً فتم اتفاقاً على تلقى الملك منه ببيعه وأنه أمر حادث وقد ظهر بالتاريخ أن شراء صاحب الوقت أسبق ولا تاريخ مع الاخر وشراؤه أمر حادث ولا يعلم تاريخه فكان صاحب التاريخ أولى هذا اذا قامت البيئتان من الخارج وذوى اليد على ملك مطلق أو موقت من غير سبب فأما اذا كان في دعوى ذلك سبب فان كان السبب هو الارث فكذلك الجواب حتى لو قامت البيئتان على ملك مطلق بسبب الارث بأن أقام كل واحد منهما البينة على انه ملكه مات أبوه وتركه ميراثه يقضى للخارج بلا خلاف بين أصحابنا رحمهم الله وكذلك ان قامت على ملك موقت واستوى الوقتان لانه سقط اعتبار الوقتين للتعارض فبقى دعوى مطلق الملك وان كان أحدهما أسبق من الآخر يقضى لاسبقهما وقتاً أيهما كان في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد الاول وفي قول محمد الآخر يقضى للخارج لان دعوى الارث دعوى ملك الميت فكل واحدة من البيئتين أظهرت ملك الميت لكن قام الوارث مقام الميت في ملك الميت فكان الوارثين ادعى ملكاً مطلقاً أو موقتاً من غير سبب وهناك الجواب هكذا في الفصول كلها من الاتفاق والاختلاف الا في فصل واحد وهو ما اذا قامت احدى البيئتين على ملك مطلق والاخرى على ملك موقت فان هنا يقضى للخارج بالاتفاق ولا عبرة للوقت كما لا عبرة له في دعوى المورثين وهذا على أصل أبي حنيفة ومحمد يترد على أصل أبي يوسف فيشكل وان كان السبب هو الشراء بأن ادعى الخارج انه اشترى هذه الدار من صاحب اليد بألف درهم وقده الثمن وادعى صاحب اليد انه اشتراه من الخارج وقده الثمن وأقام كل واحد منهما البينة على ذلك فان أقاما البينة على الشراء من غير وقت ولا قبض لا تقبل البيئتان في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ولا يجب لواحد منهما على صاحبه شيء ويترك المدعى في يد ذى اليد وعند محمد يقضى بالبيئتين ويؤمر بتسليم المدعى الى الخارج (وجه) قول محمدان التوفيق بين الدليلين واجب بقدر الامكان وأمكن التوفيق هنا بين البيئتين بتصحيح العقدين بأن يجعل كان صاحب اليد اشتراه أولاً من الخارج وقبضه ثم اشتراه الخارج من صاحب اليد ولم يقبضه حتى باعه من صاحب اليد فيوجد العقدان على الصحة لكن بتقدير تاريخ قبض وفي هذا التقدير تصحيح العقدين فوجب القول به ولا وجه للقول بالعكس من ذلك بأن يجعل كأن الخارج اشترى أولاً من صاحب اليد ولم يقبضه حتى باعه من صاحب اليد لان

في هذا التقدير أفساد العقد الأخير لأنه يبيع العقار المبيع قبل القبض وأنه غير جائز عنده فتعين تصحيح العقدين بالتقدير الذي قلنا وإذا صح العقدان يبقى المشتري في يد صاحب اليد فيؤمر بالتسليم إلى الخارج (وجهه) قول أبي يوسف وأبي حنيفة أن كل مشتري يكون مقرا بكون البيع ملكا للبائع فكان دعوى الشراء من كل واحد منهما إقرارا بملك المبيع لصاحبه فكان البيعتان قائمتين على إقرار كل واحد منهما بالملك لصاحبه وبين موجبي الإقرارين تناف فتعذر العمل بالبيعتين أصلا وإن وقت البيعتان ووقت الخارج أسبق فاذا لم يذكروا قبضاً يقضى بالدار لصاحب اليد عندهما وعند محمد يقضى للخارج لأن وقت الخارج إذا كان أسبق جعل كأنه اشترى الدار أولاً ولم يقبضها حتى باعها من صاحب اليد عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد يقضى للخارج لأن وقت الخارج إذا كان أسبق جعل كأنه اشترى الدار أولاً ولم يقبضها حتى باعها من صاحب اليد ويبع العقار قبل القبض لا يجوز عند محمد وإذا لم يحجز بقى على ملك الخارج وعندهما ذلك جائز فصح البيعان ولو ذكروا القبض جاز البيعان ويقضى بالدار لصاحب اليد بالاجماع لأن بيع العقار بعد القبض جائز بلا خلاف فيجوز البيعان (وأما) إذا كان وقت صاحب اليد أسبق ولم يذكروا قبضاً يقضى بالخارج لأنه إذا كان وقته أسبق يجعل سابقاً في الشراء كأنه اشترى من الخارج وقبض ثم اشترى منه الخارج ولم يقبض فيؤمر بالدفع إليه وكذلك إذا ذكروا قبضاً لأنه يقدر كأنه اشترى من صاحب اليد أولاً وقبض ثم اشترى الخارج منه وقبض ثم عادت إلى يد صاحب اليد بوجه آخر وإن كان السبب هو التنازع وهو الولادة في الملك فنقول لا يخلو أمان قامت البيعتان على التنازع وأمان قامت أحدهما على التنازع والآخرى على الملك المطلق فإن قامت البيعتان على التنازع فلا يخلو أمان كانت البيعتان مطلقتين عن الوقت وأمان وقتاً وقتاً فأن لم يوقتاً وقتاً يقضى لصاحب اليد لأن البيئة القائمة على التنازع قائمة على أولية الملك وقد استوت البيعتان في اظهار الأولية فتترجح بيئة صاحب اليد باليد فيقضى بيئته وقد روى عن جابر رضي الله عنه أن رجلاً ادعى بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم نتاج ناقه في يدرجل وأقام البيئة عليه وأقام ذو اليد البيئة على مثل ذلك فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالناقه لصاحب اليد وهذا ظاهر مذهب أصحابنا وقال عيسى بن إبان من أصحابنا أنه لا يقضى لصاحب اليد بل تهاتر البيعتان ويترك المدعى في يد صاحب اليد قضاء ترك وهذا خلاف مذهب أصحابنا فإنه نص على لفظة القضاء والترك في يد صاحب اليد لا يكون قضاء حقيقة وكذلك في الحديث الذي روينا عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قضى بذلك لصاحب اليد وكذلك في دعوى التنازع من الخارجين على ثالث يقضى بينهما نصفين ولا يترك في يد صاحب اليد لأن ما ذكره خلاف مذهب أصحابنا ولو أقام أحدهما البيئة على التنازع والآخر على الملك المطلق عن التنازع فيبينة التنازع أولى لما قلنا أنها قامت على أولية الملك لصاحبه فلا تثبت لغيره إلا بالتلقي منه وأمان وقتت البيعتان فإن انقضى الوقتان فكذلك السقوط اعتبارهما للتعارض فبقى دعوى الملك المطلق وإن اختلفا بحكم سن الدابة فتقضى لصاحب الوقت الذي وافقه السن لأنه ظهر أن البيئة الأخرى كاذبة ييقن هذا إذا علم سنهما فأما إذا أشكل سقط اعتبار التاريخ لأنه محتمل أن يكون سنهما موافقاً لهذا الوقت ومحتمل أن يكون موافقاً لذلك الوقت ومحتمل أن يكون مخالفاً لهما جميعاً فيسقط اعتبارهما كأنهما سكتا عن التاريخ أصلاً وإن خالف سنهما الوقتين جميعاً سقط الوقت كذا ذكره في ظاهر الرواية لأنه ظهر بطلان التوقيت فكانهما لم يوقتا فبقيت البيعتان قائمتين على مطلق الملك من غير توقيت وذكر الحاكم في مختصره أن في رواية أبي الليث تهاتر البيعتان قال وهو الصحيح (وجهه) أن سن الدابة إذا خالف الوقتين فقد يبقنا بكذب البيعتين فالتحقت بالعدم فيترك المدعى في يد صاحب اليد كما كان والجواب أن مخالفة السن الوقتين يوجب كذب الوقتين لا كذب البيعتين أصلاً ورأساً وكذلك لو اختلفا في جارية فقال الخارج أنها ولدت في ملكي من أمي هذه وقال صاحب اليد كذلك يقضى لصاحب اليد قلنا وكذلك لو اختلفا في الصوف والمرعى وأقام كل واحد منهما بيئة أنه له جزه في ملكه يقضى لصاحب اليد وكذلك لو اختلفا في الغزل وأقام كل واحد منهما البيئة أنه له غزله



من قطن هو له يقضى لصاحب اليد والاصل أن المنازعة اذا وقعت في سبب ملك لا يحتمل التكرار كان بمنزلة النتاج فيقضى لصاحب اليد فاذا وقعت في سبب ملك يحتمل التكرار لا يكون في معنى النتاج ويقضى للخارج وان أشكل الامر في الملك انه يحتمل التكرار أولا يقضى للخارج أيضا فعلى هذا اذا اختلفا في اللبن فأقام كل واحد منهما البينة انه له حلب في يده وفي ملكه يقضى لصاحب اليد لان اللبن الواحد لا يحتمل الحلب مرتين فكان في معنى النتاج وكذلك لو ادعى كل واحد منهما أن الشاة التي حلب منها اللبن نتجت عنده يقضى لصاحب اليد بالشاة واللبن جميعا وكذلك لو اختلفا في جن وأقام كل واحد منهما البينة انه له صنعه في ملكه يقضى لصاحب اليد لان اللبن الواحد لا يحتمل أن يصنع جنبا مرتين فكان بمنزلة النتاج ولو اختلفا في الارض والتخل وادعى كل واحد منهما انه أرضه غرس النخل فيها يقضى بها للخارج لان هذا ليس في معنى النتاج لان النتاج سبب الملك الولد والغرس ليس بسبب الملك الارض وكذا الغرس مما يحتمل التكرار فلم يكن في معنى النتاج وكذلك لو اختلفا في الجيوب النابتة والقطن الثابت ادعى كل واحد منهما انه له زرعه في أرضه فانه يقضى بالارض والحلب والقطن للخارج وكذلك لو اختلفا في البناء ادعى كل واحد منهما انه بنى على أرضه لما قلنا ولو اختلفا في حلي مصوغ ادعى كل واحد منهما انه صاغه في ملكه يقضى للخارج لان الصياغة تحتمل التكرار فلم تكن في معنى النتاج ولو اختلفا في ثوب خز أو شمر وأقام كل واحد منهما البينة انه له نسجه في ملكه فان علم أن ذلك لا ينسج الا مرة واحدة يقضى لصاحب اليد لانه بمنزلة النتاج وان علم انه ينسج مرتين يقضى للخارج وكذا ان كان مشكلا وكذلك لو اختلفا في سيف مطبوع وادعى كل واحد منهما انه طبع في ملكه يرجع في هذا الى أهل العلم بذلك ولو اختلفا في جارية وأقام كل واحد منهما البينة أن أمها أمته وانها ولدت هذه في ملكه يقضى بالجارية وبأمها للخارج لان هذا ليس دعوى النتاج بل هو دعوى الملك المطلق وهو ملك الام والبينة بينة الخراج في الملك المطلق فيقضى بالام للخارج ثم يملك الولد بملك الام وكذلك لو اختلفا في الشاة مع الصوف وأقام كل واحد منهما البينة أن هذه الشاة مملوكة له وأن هذا صوف هذه الشاة يقضى بالشاة والصوف للخارج لما قلنا شاتان احدهما بيضاء والاخرى سوداء وهما في بدرجل فأقام الخراج البينة على أن الشاة البيضاء شاته ولدتها السوداء في ملكه وأقام صاحب اليد البينة على أن السوداء شاته ولدتها البيضاء في ملكه يقضى لكل واحد منهما بالشاة التي شهدت شهوده انها ولدت في ملكه فيقضى للخارج بالبيضاء ولصاحب اليد بالسوداء لان بينة الخراج قامت على النتاج في البيضاء وبينة ذى اليد قامت فيها على ملك مطلق فبينة النتاج أولى كذا بينة ذى اليد قامت على النتاج في السوداء وبينة الخراج فيها قامت على ملك مطلق فبينة النتاج أولى ولو اختلفا في اللبن الذي صنع منه اللبن فأقام كل واحد منهما البينة أن اللبن الذي صنع منه اللبن في ملكه فيقضى للخارج لان البينة القائمة على ملك اللبن قائمة على ملك مطلق لا على أولية الملك فبينة الخراج أولى في دعوى الملك المطلق ولو ادعى عبد أفي يد انسان انه اشتراه من فلان وانه ولد في ملك الذي اشتراه منه وأقام ذواليد البينة انه اشتراه من رجل آخر وانه ولد في ملكه يقضى لصاحب اليد لان دعوى الولادة في ملك بائعه بمنزلة دعوى الولادة في ملكه لانه تلقى الملك من جهته وهناك يقضى له كذا هذا وكذلك لو ادعى ميراثا أو هبة أو صدقة أو وصية وانه ولد في ملك المورث والواهب والموصى فانه يقضى لصاحب اليد لما قلنا ولو ادعى الخراج مع ذى اليد كل واحد منهما النتاج يقضى لصاحب اليد ثم جاء رجل وادعى النتاج وأقام البينة عليه يقضى له الا أن يعيد صاحب اليد البينة على النتاج فيكون هو أولى لان القضاء على المدعى الاول لا يكون قضاء على المدعى الثاني فلم يكن الثاني متمضيا عليه فتسمع البينة منه فرق بين الملك وبين العتق أن القضاء بالعتق على شخص واحد يكون قضاء على الناس كافة والقضاء بالملك على شخص واحد لا يكون قضاء على غيره وان كانت بينة النتاج توجب الملك بصفة الاولية وانه لا يحتمل التكرار كالعتق (ووجهه) الفرق ان العتق حق الله تعالى ألا ترى ان العبد لا يقدر على ابطاله حتى لا يجوز استرقاق الحر برضاه ولو كان

حق العبد لتقدر على ابطاله كالرق واذا كان حق الله تعالى فالناس في اثبات حقوقه خصوم عنه بطريق النيابة لكونهم عبيده فكان حضرة الواحد كحضرة الكل والقضاء على الواحد قضاء على الكل لاستوائهم في العبودية كالورثة لما قاموا مقام الميت في اثبات حقوقه والدفع عنه لكونهم خلفاءه فقام الواحد منهم مقام الكل لاستوائهم في الخلافة بخلاف الملك فانه خالص حق العبد فال حاضر فيه لا ينتصب خصما عن الغائب الا بالانابة حقيقة أو بثبوت النيابة عنه شرعا واتصال بين الحاضر والغائب فيما وقع فيه الدعوى على ما عرف ولم يوجد شيء من ذلك فالقضاء على غيره يكون قضاء على الغائب من غير أن يكون عنه خصم حاضر وهذا لا يجوز ولو شهد الشهود ان هذه الحنطة من زرع حصص من أرض هذا الرجل لم يكن لصاحب الأرض أن يأخذها لانه يحتمل أن يكون البذر لغيره وملك الزرع يتبع ملك البذر لا ملك الأرض ألا ترى ان الأرض المنصوبة اذا زرعها الغاصب من بذر نفسه كانت الحنطة له ولو شهدوا ان هذه الحنطة من زرع هذا أو هذا التمر من نخل هذا يقضى له لان ملك الحنطة والتمر يتبع ملك الزرع والنخل ولو قالوا هذه الحنطة من زرع كان من أرضه لم يقض له لانهم لو شهدوا انه حصص من أرضه لم يقض له فهذا أولى ولو شهدوا أن هذا اللبن وهذا الصوف حلاب شاته وصوف شاته لم يقض له لجواز ان تكون الشاة له وحلابها وصوفها لغيره بأن أوصى بذلك لغيره هذا الذي ذكرنا كله في دعوى الخارج الملك فامادعوى الخارجين على ذي اليد الملك فنقول لا تخلو في الاصل من أحد وجهين اما ان يدعى ككل واحد منهما قدر ما يدعى الاخر واما ان يدعى أكثر مما يدعى الاخر فان ادعى كل واحد منهما قدر ما يدعى الاخر فهو على التفصيل الذي ذكرنا أيضا وهوان البينتين اما ان قامت على ملك مطلق عن الوقت واما ان قامت على ملك موقت واما ان قامت احدهما على ملك مطلق والاخرى على ملك موقت وكل ذلك بسبب أو بغير سبب فان قامت البينتان على ملك مطلق من غير سبب فانه يقضى بالمدعى بينهما نصفان عند أصحابنا وللشافعي رحمه الله قولان في قول تهما البينتين ويترك المدعى في يد صاحب اليد وفي قول يقرع بينهما فيقضى لمن خرجت له القرعة منهما وجه قول الشافعي رحمه الله ان العمل بالبينتين متعذر لثنايف بين موجههما لاستحالة كون العين الواحدة مملوكة لاثنتين على الكمال في زمان واحد فيبطلان جميعا اذ ليس العمل باحدهما أولى من العمل بالاخرى لاستوائهما في القوة أو ترجيح احدهما بالقرعة لورود الشرع بالقرعة في الجملة (ولنا) ان البينة دليل من أدلة الشرع والعمل بالديان واجب بالقدر الممكن فان أمكن العمل بهما من كل وجه يعمل بهما من كل وجه يعمل بهما من كل وجه كما في سائر دلائل الشرع من ظواهر الكتاب والسنة المشهورة وأخبار الآحاد والاقية الشرعية اذا تعارضت وهنا ان تعذر العمل بالبينتين باظهار الملك في كل محل أمكن العمل بهما باظهار الملك في النصف فيقضى لكل واحد منهما بالنصف ولو قامت على ملك موقت من غير سبب فان استوى الوقتان فكذلك الجواب لانه اذا لم يثبت سبق أحدهما بحكم التعارض سقط التاريخ والتحقيق بالعدم فبقي دعوى الملك المطلق وان كان وقت أحدهما أسبق من الاخر فلا يسبق أولى بالاجماع ولا يجزى هنا خلاف محمد رحمه الله لان البينة من الخارج مسموعة بلا خلاف والبينتان قامت من الخارجين فكانتا مسموعتين ثم ترجح احدهما بالتاريخ لانها أثبتت الملك في وقت لا تعارضها فيه الاخرى فيؤمر بالدفع اليه الى ان يقوم الدليل على انه بأي طريق انتقل اليه الملك وان أرخت احدهما وأطلقت الاخرى من غير سبب يقضى بينهما نصفين عند أبي حنيفة ولا عبرة للتاريخ وعند أبي يوسف يقضى لصاحب الوقت وعند محمد يقضى لصاحب الاطلاق وجه قول محمد ان البينة القائمة على الملك المطلق أقوى لان الملك المطلق ملكه من الاصل حكما ألا ترى انه يظهر في الزوائد وتستحق به الاولاد والا كساب وهذا حكم ظهور الملك من الاصل ولا يستحق ذلك بالملك الموقت فكانت البينة القائمة عليه أقوى فكان القضاء بها أولى (وجه) قول أبي يوسف رحمه الله ما ذكرنا ان البينة المؤرخة تظهر الملك في زمان لا تعارضها فيه البينة المطلقة عن التاريخ

ببقين بل تحتمل المعارضة وعدمها فلا تثبت المعارضة بالشك فتثبت بينة صاحب التاريخ بلامعارض فكان صاحب التاريخ أولى وجه قول أبي حنيفة رحمه الله ما مر أيضاً أن الملك الموقت يحتمل أن يكون سابقاً ويحتمل أن يكون متأخراً لا محالة أن صاحب الاطلاق لو أرخ لكان تاريخه أقدم يثبت السبق مع الاحتمال فسقط اعتبار التاريخ فبقى دعوى الملك المطلق هذا اذا قامت البينتان من الخارجين على ذى اليد على الملك من غير سبب فان كان ذلك بسبب فتقول لا يخلو اما ان ادعى الملك بسبب واحد من الارث أو الشراء أو التنازع ونحوها واما ان ادعياه بسببين فان ادعى الملك بسبب واحد فان كان السبب هو الارث فان لم توثق البينتان فهو بينهما نصفان لما ذكرنا ان الملك الموروث هو ملك الميت بعد موته وانما الوارث يخلفه ويقوم مقامه في ملكه ألا ترى أنه يحجز من التركة ويقضى منها ديونه ويرد الوارث بالعيب ويرد عليه فكان المورثين حضرا وادعيا ملكا مطلقا عن الوقت وان وقتا وقتا فان كان وقتها واحدا فكذلك لما مر وان كان أحد الوقتين أسبق يقضى لمن هو أسبق وقتا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وعند محمد رحمه الله يقضى بينهما نصفين ولا عبرة للتاريخ عنده في الميراث لما مر أن الموروث ملك الميت والوارث قام مقامه فلم يكن الموت تاريخاً للملك الوارث فسقط التاريخ للملك والتحقق بالعدم فبقى دعوى الملك المطلق عن التاريخ فيستويان فيه وعن محمد انهما ان لم يؤثر خاملت الميتين فكذلك فاما اذا أرخا ملك الميتين فيقضى لاسبقهما تاريخا ذكره في نوادر هشام وأبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله يقولان بل الوارث باقامة البينة يظهر الملك للمورث لالفسه فيصير كأنه حضر المورثان وأقام كل واحد منهما بينة مؤرخة وتاريخ أحدهما أسبق ولو كان كذلك لقضى لاسبقهما وقتا لثباته الملك في وقت لا تعارض فيه بينة الاخر كذا هذا ولو وقتت احدهما ولم توثق الاخرى يقضى بينهما نصفان بالاجماع أما عند محمد فان التاريخ في باب الميراث ساقط فالتحقق بالعدم وأما عندهما فيصير كأن المورثين الخارجين حضرا وادعيا ملكا كافرخه أحدهما ولم يؤرخه الاخر وهناك كان المدعى بينهما نصفين فكذا هنا لانهما ادعيا تلقى الملك من رجلين ولا عبرة فيه بالتاريخ وان كان السبب هو الشراء فنقول لا تخلو اما أن تكون الدار في يد ثالث واما ان تكون في يد أحدهما وكل ذلك لا يخلو اما ان ادعى الشراء من واحد واما ان ادعياه من اثنين فان كانت في يد ثالث وادعيا الشراء من واحد فان كان صاحب اليد وأقاما البينة على الشراء منه بئس معلوم ونقد الثمن مطلقا عن التاريخ وذكر القرض يقضى بينهما نصفين عندنا وللشافعي فيه قولان في قول تهاجر البينتان وفي قول يقرع بينهما فيقضى لمن خرجت له القرعة وهي مسألة التهاجر وقد تقدمت واذ قضى بالدار بينهما نصفين يكون لهما الخيار ان شاء أخذ كل واحد منهما نصف الدار بنصف الثمن وان شاء تقض لان غرض كل واحد منهما من الشراء الوصول الى جميع المبيع ولم يحصل فوجب ذلك خلافا في الرضا فذلك أثبت لهما الخيار فان اختار كل واحد منهما أخذ نصف الدار رجوع على البائع بنصف الثمن لانه لم يحصل له الا نصف المبيع وان اختار الرجوع كل واحد منهما بجميع الثمن لانه انفسخ البيع فان اختار أحدهما الرد والاخر الاخذ فان كان ذلك بعد قضاء القاضى وتخييره اياهما فليس له ان يأخذ الا النصف بنصف الثمن لان حكم القاضى بذلك أوجب انفساخ العقد في حق كل واحد منهما في النصف فلا يعود الا بالتحديد كما اذا قضى القاضى بالدار المشفوعة للشفيعين ثم سلم أحدهما الشفعة لا يكون لصاحبه الا نصف الدار فاما اذا اختار أحدهما ترك المشفوعة قبل تخيير القاضى فلا خيار يأخذ جميع المبيع بجميع الثمن لان المستحق بالعقد كل البيع والامتناع بحكم المزاحمة فاذا انقطعت فقد زال المانع كاحد الشفيعين اذا سلم الشفعة قبل قضاء القاضى بالدار المشفوعة يقضى لصاحبه بالكل وكذلك اذا ادعى كل واحد منهما الشراء من رجل آخر سوى صاحب اليد وأقام البينة على ذلك يقضى بالدار بينهما نصفين عندنا وثبت الخيار لكل واحد منهما والكلام في توابع الخيار على نحو ما بينا غير أن هناك الشهادة القائمة على الشراء من صاحب اليد وهو البائع تقبل من غير ذكر الملك له والشهادة القائمة على الشراء من غير صاحب اليد لا تقبل الا بذكر الملك للبائع لان المبيع في الفصل الاول في يد البائع

واليد دليل الملك ف وقعت الغنية عن ذكره وفي الفصل الثاني المبيع ليس في يد البائع فدعت الحاجة الى ذكره لصحة البيع هذا اذا لم تؤرخ البيعتان فاما اذا اختلفا فان استوى التاريخان فكذلك لسقوط اعتبارهما بالتعارض فبقى دعوى مطلق الشراء وان كانت احدهما أسبق تاريخا كانت أولى بالاجماع لانها تظهر الملك في وقت لا تعارضها فيه الاخرى فتندفع بها الاخرى ولو اُرخت احدهما وأطلقت الاخرى فالمرخة أولى لانها تظهر الملك في زمان معين والاخرى لا تعرض للوقت فتحتمل السبق والتأخير فلا تعارضها مع الشك والاحتمال ولو لم تؤرخ البيعتان ولكن ذكرت احدهما القبض فهي أولى لانها لما أثبتت قبض المبيع جعل كان بيع صاحب القبض أسبق فيكون أولى وكذلك لو ذكرت احدهما تاريخا والاخرى قبضا فيبينة القبض أولى الا ان تشهد بينة التاريخ أن شراؤه قبل شراؤه الاخر فيقضى له ويرجع الآخر بالثمن على البائع وكذا لو اُرختا تاريخا واحدا و ذكرت احدهما القبض فيبينة القبض أولى الا اذا كان وقت الآخر أسبق . هذا اذا ادعى الشراء من واحد وهو صاحب اليد أو غيره فاما اذا ادعى الشراء من اثنين سوى صاحب اليد مطلقا عن الوقت وأقاما البينة على ذلك يقضى بينهما نصفين لانهما ادعيا تلقى الملك من من البائعين فقاما مقامهما فصار كان البائعين الخارجين حضرا وأقاما البينة على ملك مطلق ولو كان كذلك يقضى بينهما نصفين كذا هذا ويثبت لهما الخيار والكلام في الخيار على نحو ما ذكرنا ولو وقت البيعتان فان كان وقتهما واحدا فكذلك وان كان أحدهما أسبق من الآخر فلا سبق تاريخا أولى عند أبي حنيفة وأبي يوسف وكذا عند محمد في رواية الاصول بخلاف الميراث انه يكون بينهما نصفان عنده ووجه الفرق لذه كره الداري وهو أن المشتري يثبت الملك لنفسه والوارث يثبت الملك للبيت وعن محمد في الاملاء انه سوى بين الميراث والشراء وقال لا عبرة بالتاريخ في الشراء أيضا الا أن يؤرخ ملك البائعين وان وقتت احدهما ولم توقت الاخرى يقضى بينهما نصفين ولا عبرة للتاريخ أيضا فرق بين هذا وبين ما اذا ادعى الشراء من رجل واحد فوقتت بينة أحدهما وأطلقت الاخرى أن بينة الوقت أولى ووجه الفرق انهما اذا ادعى الشراء من اثنين فقد ادعيا تلقى الملك من البائعين فتاريخ احدي البيعتين لا يدل على سبق أحد الشراءين بل يجوز ان يكون شراؤه صاحب أسبق من شراؤه فلا يحكم بسبق أحدهما مع الاحتمال فيقسم بينهما نصفين بخلاف ما اذا ادعى الشراء من واحد لان هناك اتفاقا على تلقى الملك من واحد فتاريخ احدي البيعتين أوجب تلقى الملك منه في زمان لا ينافيه فيه أحد فيؤمر بالدفع اليه حتى يقوم على التلقى منه دليل آخر هذا اذا كانت الدار في يد ثالث فان كانت في يد أحدهما فان ادعى الشراء من واحد فصاحب اليد أولى سواء أرخ الآخر ولم يؤرخ وسواء ذكر شهود القبض أو لم يذكر لان القبض من صاحب اليد أقوى لثبوته حسا ومشاهدة وقبض الآخر لم يثبت الا ببينة تحتل الصدق والكذب فكان القبض المحسوس أولى فصار الحاصل ان القبض الثابت بالحس أولى من الثابت بالخبر ومن التاريخ أيضا والقبض الثابت بالخبر أولى من التاريخ وان ادعى الشراء من اثنين يقضى للخارج سواء وقتت البيعتان أولا أو وقتت احدهما دون الاخرى الا اذا وقتتا وقت صاحب اليد أسبق لانهما ادعيا تلقى الملك من البائعين فقاما مقام البائعين فصار كان البائعين حضرا وأقاما البينة ولو كان كذلك يقضى للخارج كذا هذا بخلاف ما اذا كان البائع واحدا لانهما اتفاقا على أن الملك لهما بالشراء من جهة ولا حد هما يذ فيجعل كان شراؤه صاحب اليد أسبق وان كان السبب هو النتائج بان ادعى كل واحد من الخارجين انهما ادبته نتجت عنده فاقام كل واحد منهما البينة على ملك مطلق يقضى بينهما نصفين لا استواء الحجتين وتعذر العمل بهما باظهار الملك في كل المحل فليعمل بهما بالقدر الممكن وان أقاما البينة على ملك موقت فان اتفق الوقتان فكذلك وان اختلفا يحكم سن الدابة ان علم وان أشكل فعند أبي حنيفة يقضى لاسبقهما وقتا وعندهما يقضى بينهما وجه قولهما ان السن اذا أشكل يحتمل أن يكون موافقا لوقت هذا ويحتمل أن يكون موافقا لوقت ذاك فسقط اعتبار الوقت وصار كأنهما سكتا عن الوقت أصلا وجه قول أبي

حنيفة رحمه الله أن وقوع الاشكال في السن يوجب سقوط اعتبار حكم السبق فبطل تحكيمه فبقى الحكم للوقت  
فالسبق أولى وهذا بشكل بالخارج مع ذى اليد وان خالف الوقتين جميعا فهو على ما ذكرنا في الخارج مع ذى اليد  
وان أقام أحدهما البيينة على النتائج والآخر على ملك مطلق فيبينة النتائج أولى لما مر هذا اذا ادعى الخارج ان الملك  
من واحد أو اثنين بسببين متفقين من الميراث والشراء والتناج فان كان بسببين مختلفين فنقول لا يخلو اما ان كان  
من اثنين واما ان كان من واحد فان كان من اثنين يعمل بكل واحد من السببين بان ادعى أحدهما انه اشترى هذه الدابة  
من فلان وادعى الآخر ان فلانا آخر وهما له وقبضها منه قضى بينهما نصفين لانهما ادعيا تلقى الملك من البائع  
والواهب فقاما مقامهما كأنهما حضرا وادعيا وأقاما البيينة على ملك مرسل وكذا الوادعى ثالثا عن أبيه فانه  
يقسم بينهما اثلاثا ولو ادعى رابع وصدقه يقسم بينهم ارباعا قلنا وان كان ذلك من واحد ينظر الى السببين فان كان  
أحدهما أقوى يعمل به لان العمل بالراجح واجب وان استوى في القوة يعمل بهما بقدر الامكان على ما هو سبيل  
دلائل الشرع بيان ذلك اذا أقام أحدهما البيينة انه اشترى هذه الدار من فلان وتقده الثمن وقبض الدار وأقام  
الآخر البيينة ان فلانا ذلك وهما له وقبضها يقضى لصاحب الشراء لانه يفيد الحكم بنفسه والهبة لا تفيد الحكم الا  
بالقبض فكان الشراء أولى (وكذلك) الشراء مع الصدقة والقبض لما قلنا وكذلك الشراء مع الرهن والقبض لان  
الشراء يفيد ملك الرقبة والرهن يفيد ملك اليد وملك الرقبة أقوى ولو اجتمعت البينتان مع القبض يقضى بينهما  
نصفين لاستواء السببين (وقيل) هذا فيما لا يحتل القسمة كالدابة والعبد ونحوهما (فأما فيما) يحتل القسمة كالدار  
ونحوها فلا يقضى لهما بشيء على أصل أبي حنيفة رحمه الله في الهبة من رجلين لحصول معنى الشروع (وقيل) لا فرق  
بين ما يحتل القسمة وبين ما لا يحتلها هنا لان هذا في معنى الشروع الطارىء لقيام البيينة على الكل وانه لا يمنع  
الجواز (وكذلك) لو اجتمعت الصدقة مع القبض والهبة والصدقة مع القبض يقضى بينهما نصفين لاستواء  
السببين لكن هذا اذا لم يكن المدعى في بدأ أحدهما فان كان يقضى لصاحب اليد بالاجماع لما مر (ولو اجتمع) الرهن  
والهبة أو الرهن والصدقة فالقياس ان تكون الهبة أولى (وكذا) الصدقة لان كل واحد منهما يفيد ملك الرقبة والرهن  
يفيد ملك اليد والحبس وملك الرقبة أقوى وفي الاستحسان الرهن أولى لان المرهون عندنا مضمون بقدر الدين  
فاما الموهوب فليس بمضمون أصلا فكان الرهن أقوى (ولو اجتمع) النكاح بان ادعت امرأتان وأقامت كل  
واحدة منهما البيينة على انه تزوجها عليه يقضى بينهما نصفين لاستواء السببين (ولو اجتمع) النكاح مع الهبة والصدقة  
او الرهن فالنكاح أولى لانه عقد يفيد الحكم بنفسه فكان أقوى ولو اجتمع الشراء والنكاح فهو بينهما نصفان عند أبي  
يوسف وللمرأة نصف نصف القيمة على الزوج وعند محمد الشراء أولى والمرأة القيمة على الزوج (وجه) قول محمد  
ان الشراء أقوى من النكاح بدليل انه لا يصح البيع بدون تسمية الثمن ويصح النكاح بدون تسمية المهر وكذا  
لا يصح التسمية بدون الملك في البيع وتصح في باب النكاح كالزوج على جارية غيره دل ان الشراء أقوى من  
النكاح (وجه) قوله أبي يوسف ان النكاح مثل الشراء فان كل واحد منهما معاوضة يفيد الحكم بنفسه هذا اذا ادعى  
كل واحد منهما قدما يدعى الآخر فأما اذا ادعى أحدهما أكثر مما يدعى الآخر بان ادعى أحدهما كل الدار والآخر  
نصفها وأقاما البيينة على ذلك فانه يقضى لمدعى الكل بثلاثة ارباع الدار ولمدعى النصف بربعها عند أبي حنيفة  
وعندهما يقضى لمدعى الكل ثلثي الدار ولمدعى النصف ثلثها وانما اختلف جوابهم لاختلافهم في طريق القسمة  
فتقسم عنده بطريق المنازعة وهما قسم بطريق العدل والمضاربة (وتفسير) القسمة بطريق المنازعة ان ينظر الى  
القدر الذي وقع التنازع فيه فيجعل الجزء الذي خلا عن المنازعة سالما للمدعيه (وتفسير) القسمة على طريق العدل  
والمضاربة ان تجمع السهام كلها في العين فتقسم بين الكل بالخصص فيضرب كل سهمه كما في الميراث والديون المشتركة  
المنازعة والوصايا فلما كانت القسمة عند أبي حنيفة على طريق المنازعة تجب مراعاة محل النزاع فهذا يدعى أحدهما

كل الدار والاخر لا ينازعه الا في النصف ففي النصف الاخر خاليا عن المنازعة فيسلم للمدعي الكل لانه يدعي شيئاً لا ينازعه فيه غيره ومن ادعى شيئاً لا ينازعه فيه غيره يسلم له والنصف الاخر استوت فيه منازل عتقها فيقضى بينهما نصفين فكانت القسمة ارباعاً ثلاثة ارباع الدار للمدعي الكل واربعا للمدعي النصف ولما كانت القسمة عندهما على طريق المضاربة يقسم الثمن على مبلغ السهام فيضرب كل واحد بسهمه فهنا أحد هما يدعي كل الدار والاخر يدعي نصفها فيجعل أخسهما سهماً فجعل نصف الدار بينهما وإذا جعل نصف الدار بينهما صار الكل سهمين فمدعى الكل يدعي سهمين ومدعى النصف يدعي سهماً واحداً فيعطى هذا سهماً وذاك سهمين فكانت الدار بينهما اثلاثاً وثلاثها للمدعي الكل وثلثها للمدعي النصف والصحيح قسمة أبي حنيفة عليه الرحمة لان الحاجة الى القسمة لضرورة الدعوى والمنازعة ووقوع التعارض في الحجة ولا منازعة للمدعي الكل الا في النصف فلا يتحقق التعارض الا فيه فيسلم له ما وراءه لقيام الحجة عليه وخلوها عن المعارض فكان ما قاله أبو حنيفة عملاً بالدليل بالقدر الممكن وانه واجب هذا اذا كانت الدار في بدائل فان كانت في أيديهما فيبينة مدعى الكل أولى لانه خارج لانه يدعي على صاحبه النصف الذي في يده ومدعى النصف لا يدعي شيئاً هو في يد صاحبه لانه لا يدعي الا النصف والنصف في يده فكان مدعى الكل خارجاً ومدعى النصف صاحب بدفكانت بينة الخارج أولى فيقضى له بالنصف الذي في يد صاحبه ويترك النصف الذي في يده على حاله هذا اذا ادعى الخارجان شيئاً في بدائل فأنكر الذي في يده فأقام البينة فان لم يقيم لهما بينة وطلبوا بين المنكر يحلف لكل واحد منهما فان نكل لهما جميعاً يقضى لهما بالنكول لان النكول حجة عندنا فان حلف لاحدهما ونكل للآخر يقضى للذي نكل لوجود الحجة في حقه وان حلف لكل واحد منهما يترك المدعى في يده قضاء تركه لا قضاء استحقاق حتى لو قامت لهما بينة بعد ذلك تقبل بينهما ما يقضى لهما بخلاف ما اذا اقاما البينة وقضى بينهما نصفين ثم أقام صاحب اليد البينة على انه مملوك انه لا تقبل بينته وكذا اذا أقام أحد المدعين البينة على النصف الذي استحقه صاحبه بعد ما قضى بينهما نصفين لا تسمع بينته (ووجهه) الفرق ان بالترك في يد المدعى عليه لم يكن كل واحد من المدعين مقضياً عليه حقيقة فتسمع منهما البينة (فأما) صاحب اليد فقد صار مقضياً عليه حقيقة وكذا كل واحد من المدعين بعد ما قضى بينهما نصفين صار مقضياً عليه في النصف والبينة من المقضى عليه غير مسموعة الا اذا ادعى التلق من جهة المستحق وادعى النتائج وكذا لو ادعى بائع المقضى عليه او بائع بئمه هكذا وأقام البينة لا تسمع دعواه ولا تقبل بينته لان القضاء عليه قضاء على الباعة كلهم في حق بطلان الدعوى ان لم يكن قضاء عليهم في حق ولاية الرجوع بالثمن الا اذا قضى القاضي لهذا المشتري بالرجوع على بائعه بالثمن فيرجع هذا البائع على بائعه أيضاً هكذا فرق بين هذا وبين حرية الاصلية ان القضاء بالحرية قضاء على الناس كلهم في حق بطلان الدعوى وثبوت ولاية الرجوع بالثمن على الباعة (ووجهه) الفرق بين الملك والعق على نحو ما ذكرنا من قبل هذا اذا أنكر الذي في يده فان أقر به لاحدهما (فنقول) هذا لا يخلو من أحد وجهين اما ان كان قبل اقامة البينة واما ان كان بعد اقامة البينة فان أقر قبل اقامة البينة جاز اقراره ودفع الى المقر لانه لا مدعى في يده ومملوك من حيث الظاهر فيملك التصرف فيه بالاقرار وغيره وان أقر بعد اقامة البينة قبل التزكية لم يحز اقراره لانه تضمن ابطال حق الغير وهو البينة فكان اقراره اعلی غيره فلا يصح في حق ذلك الغير ولكن يؤمر بالدفع الى المقر لانه لا اقراره في حق نفسه صحيح وكذا البينة قد لا تتصل بها التزكية فيؤمر بالدفع الى المقر له في الحال فاذا زكيت البينتان يقضى بينهما نصفين لانه تبين ان المدعى كان بينهما نصفين فظهر ان اقراره كان ابطالا لحق الغير فلم يصح فالتحق بالعدم وان أقر بعد اقامة البينة وبعد التزكية يقضى بينهما لما قلنا ان اقراره لم يصح فكان ملحقاً بالعدم هذا كله اذا كانت الدعوى من الخارج على ذي اليد أو من الخلد حين على ذي اليد فأما اذا كانت من صاحب اليد أحدهما على الآخر بان كان المدعى في أيديهما فان أقام أحدهما البينة انه يقضى له بالنصف الذي في يد صاحبه والنصف الذي كان في يده ترك في يده وهو معنى قضاء الترك

ولو أقام كل واحد منهما البينة أنه له يقضى لكل واحد منهما بالنصف الذي في يد صاحبه لأن كل واحد منهما في ذلك النصف خارج ولو لم تقم لأحدهما بينة يترك في أيديهما قضاء ترك حتى لو قامت لأحدهما بعد ذلك بينة تقبل لأنه لم يصرم مضياً عليه حقيقة هذا إذا لم توف البينتان فإن وقتاً فإن اتفق الوقتان فكذلك وإن اختلفا فالأولى عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله (وأما) عند محمد فلا عبرة للوقت في بينة صاحب اليد فيكون بينهما نصفين وإن وقت أحدهما دون الأخرى يكون بينهما عند أبي حنيفة ومحمد والوقت ساقط وعند أبي يوسف هو لصاحب الوقت وقد مرت الحجج قبل هذا والله تعالى أعلم (وأما) حكم تعارض البينتين القائمتين على قدر الملك فالأصل فيه أن البينة المظهرة للزيادة أولى كما إذا اختلف المتبايعان في قدر الثمن فقال البائع بعتك هذا العبد بالنى درهم وقال المشتري اشتريته منك بألف درهم وأقاما البينة فإنه يقضى ببينة البائع لأنها تظهر زيادة ألف وكذا لو اختلفا في قدر المبيع فقال البائع بعتك هذا العبد بألف وقال المشتري اشتريت منك هذا العبد وهذه الجارية بألف وأقاما البينة يقضى ببينة المشتري لأنها تظهر زيادة وكذا لو اختلف الزوجان في قدر المهر فقال الزوج تزوجتك على ألف وقالت المرأة على ألفين وأقاما البينة يقضى ببينة المرأة لأنها تظهر فضلاً ثم إن كانت بينة الزيادة أولى لأنه لا معارض لها في قدر الزيادة فيجب العمل بها في ذلك القدر لخلوها عن المعارض ولا يمكن إلا بالعمل في الباقي فيجب العمل بها في الباقي ضرورة وجوب العمل بها في الزيادة ولا يلزم على هذا الأصل ما إذا اختلف الشفيع والمشتري في قدر الثمن الدار المشفوعة فقال الشفيع اشتريتها بألف وقال المشتري بألفين وأقاما البينة أنه يقضى ببينة الشفيع عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وإن كانت بينة المشتري تظهر الزيادة لأن البينة إنما تقبل من المدعى لأنها جعلت حجة المدعى في الأصل والمدعى هناك هو الشفيع لوجود المدعى فيه وهو أن يكون مخيراً في الخصومة بحيث لو تركها يترك ولا يجبر عليها فأما المشتري فجبور على الخصومة ألا ترى لو تركها لا يترك بل يجبر عليها فكان هو مدعى عليه والبينة حجة المدعى لا حجة المدعى عليه في الأصل لذلك قضى ببينة الشفيع لا ببينة المشتري بخلاف ما إذا اختلف البائع والمشتري في قدر الثمن لأن هناك البائع هو المدعى لأن المخير في الخصومة أن شاء خصامه وإن شاء لا وفيما إذا اختلفا في قدر المبيع المدعى هو المشتري ألا ترى لو ترك الخصومة يترك وكذلك في باب النكاح المدعى في الحقيقة هو المرأة لما قلنا فهو الفرق ووجه آخر من الفرق ذكرناه في كتاب الشفعة وعلى هذا يخرج اختلاف المتبايعين في أجل الثمن في أصل الأجل أو في قدره وأقاما البينة أن البينة بينة المشتري لأنها تظهر الزيادة وكذا لو اختلفا في مضيه وأقاما البينة فالبينة بينة المشتري أنه لم يعض لأنها تظهر زيادة وعلى هذا يخرج اختلافهما في المسلم فيه في قدره أو جنسه أو صفته مع اتفاقهما على رأس المال وأقاما البينة بعد تفرقهما أن البينة بينة رب السلم ويقضى بسلم واحد بالاجماع لأنهما اتفقا على أن المسلم إليه لم يقبض الرأس مال واحد وإن اختلفا قبل التفرق فكذلك ويقضى بسلم واحد عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد تقبل البينتان جميعاً ويقضى بسلمين (وجه) قول محمد أن كل واحد من البينتين قامت على عقد على حدة لا اختلاف البدلين فيعمل بهما جميعاً ويقضى بسلمين إذ لا تنافي بينهما ولهما اتفاق على عقد واحد وإنما اختلفا في قدر الموقوف عليه قدرأ أو جنساً أو صفته وبين رب السلم تظهر زيادة فكانت أقوى ولو اختلفا في رأس المال في قدره أو جنسه أو صفته مع اتفاقهما على المسلم فيه فالبينة بينة المسلم إليه عنده تقبل البينتان جميعاً ويقضى بسلمين والحجج على نحو ما ذكرنا هذا إذا تصادقا أن رأس المال كان ديناً فإن تصادقا أنه عين واختلفا في المسلم فيه فإن كان رأس المال عيناً واحدة يقضى بسلم واحد كما إذا قال رب السلم أسلمت إليك هذا الثوب في كرحنطة وقال المسلم إليه في كرحنطة فالبينة بينة رب السلم لأن رأس المال إذا كان عيناً واحدة لا يمكن أن يجعل عقدين فيجعل عقداً واحداً وبين رب السلم تظهر زيادة فكانت أولى بالقبول وإذا كان عينين بأن قال رب السلم أسلمت إليك هذا القرس في كرحنطة وقال المسلم إليه هذا الثوب في كرحنطة يقضى بسلمين بالاجماع لأنه يمكن أن يجعل عقدين فيجعل سلمين هذا كله

إذا كانت الدعوى على الملك فامادعوى اليد بان تنازع رجلان في شيء يدعيه كل واحد منهما انه في يده فعلى كل واحد منهما البينة على اليد لقوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه ولان الملك واليد كل واحد منهما مقصود في نفسه فتقع الحاجة الى اثبات كل واحد منهما بالبينة فان أقام جميعاً البينة يقضى بكونه في أيديهما لاستوائهما في الحجة وان أقام أحدهما البينة صار صاحب يد وصار مدعى عليه وان لم تقم لأحدهما بينة فعلى كل واحد منهما اليمين لقوله عليه الصلاة والسلام واليمين على من أنكر وكل واحد منهما ينكر دعوى صاحب اليد فيحلف هذا كله اذا قامت البينتان على الملك أو على اليد فاما اذا قامت إحدى البينتين على الملك والاخرى على اليد فيبينة الملك أولى نحو ما اذا أقام الخارج البينة على ان الدار له منذ سنتين وأقام ذواليد البينة على انها في يده منذ ثلاث سنين يقضى بها للخارج لان البينة القائمة على الملك أقوى لان اليد قد تكون محقة وقد تكون مبطللة كيد العصب والسرقة واليد المحقة قد تكون يدملك وقد تكون بداعة وإجارة فكانت محتملة فلا تصلح بينهما معارضة لبينة الملك ( واما ) دعوى النسب فالكلام في النسب في الاصل في ثلاثة مواضع في بيان ما يثبت به النسب وفي بيان ما يظهر به النسب وفي بيان صفة النسب الثابت اما ما يثبت به النسب فالكلام فيه في موضعين أحدهما في بيان ما يثبت به نسب الولد من الرجل والثاني في بيان ما يثبت به نسبه من المرأة اما الاول فنسب الولد من الرجل لا يثبت الا بالفراش وهو ان تصير المرأة فراشاً له لقوله عليه الصلاة والسلام الولد للفراش وللعاهر الحجر وقوله عليه الصلاة والسلام الولد للفراش أى لصاحب الفراش الا انه أضمر المضاف فيه اختصاراً كما في قوله عز وجل واسأل القرية ونحوه والمراد من الفراش هو المرأة فانها تسمى فراش الرجل وازاره ولحافه وفي التفسير في قوله عز شأنه وفرش مرفوعة انها نساء أهل الجنة فسميت المرأة فراشاً لما انها تفراش وتبسط بالوطء عادة ودلالة الحديث من وجوه ثلاثة أحدها ان النبي عليه الصلاة والسلام أخرج الكلام مخرج القسمة فجعل الولد لصاحب الفراش والحجر للزاني فاقضى ان لا يكون الولد لمن لا فراش له كالا يكون الحجر لمن لا زمانه اذ القسمة تنفي الشركة والثاني انه عليه الصلاة والسلام جعل الولد لصاحب الفراش وقناه عن الزاني بقوله عليه الصلاة والسلام وللعاهر الحجر لان مثل هذا الكلام يستعمل في النفي والثالث انه جعل كل جنس الولد لصاحب الفراش فلو ثبت نسب ولد لمن ليس بصاحب الفراش لم يكن كل جنس الولد لصاحب الفراش وهذا خلاف النص فعلى هذا اذا زنى رجل بامرأة فجاءت بولد فادعاه الزاني لم يثبت نسبه منه لا لعدم الفراش واما المرأة فيثبت نسبه منها لان الحكم في جانبها يتبع الولادة على ما نذكر ان شاء الله تعالى وقد وجدت وكذلك لو ادعى رجل عبداً صبيّاً في يد رجل انه ابنه من الزنا لم يثبت منه كذبه المولى فيه أو صدقه لما قلنا ولو هلك الولد بوجه من الوجوه عتق عليه لانه أقر انه مخلوق من مائه وان ملك أمه لم تصر ام ولد له لان أمومية الولد تتبع ثبات النسب ولم يثبت وكذلك لو كان هذا العبد لاب المدعى أو عمه لما ذكرنا ولو كان لابن المدعى فقال هو ابني من الزنا يثبت نسبه منه وهو مخطئ في قوله من الزنا لانه يصير مملوكاً الجارية عندنا قبيل الاستيلاء أو مقارناً له ولا يصحق الوطء زناً مع ثبوت الملك ولو كان المدعى غير الاب فقال هو ابني منها ولم يقل من الزنا فان صدقه المولى ثبت نسبه منه ويكون عبد المولى الام وان كذبه لا يثبت النسب للحال واذا ملكه المدعى يثبت النسب ويعتق عليه لان الاقرار بالبينة مطلقاً عن الجهة محمول على جهة مصححة للنسب وهي الفراش الا انه لم يظهر نقاذه للحال لقيام ملك المولى فاذا ملكه زال المانع وكذلك لو قال هو ابني من نكاح فاسد أو شراء فاسد وادعى شبهة بوجه من الوجوه أو قال أحلها لي الله ان صدقه المولى يثبت النسب وان كذبه لم يثبت النسب مادام عبداً فاذا ملكه يثبت النسب ويعتق عليه لان العقد الفاسد ملحق بالصحيح في ثبات النسب وكذلك الشبهة فيه ملحقه بالحقيقة فكان هذا اقراراً بالنسب بجهة مصححة للنسب شرعاً لانه امتنع ظهوره للحال لحق المولى فاذا زال ظهر وعتق لانه ملك ابنه وان ملك امها كانت أم ولد له لانه وجد سبب أمومية الولد وهو ثبوت النسب بناء على وجود سبب الثبوت وهو الاقرار بالنسب بجهة



مصحة له شرعاً الا انها توقفت على شرطها وهو الملك وقد وجد بخلاف الفصل الاول لان هناك لم يوجد سبب  
أمومية الولد أصلاً لانعدام سبب ثبوت النسب وهو الاقرار بجهة مصحة شرعاً وعلى هذا اذا تصادق الزوجان  
على ان الولد من الزنا من فلان لا يثبت النسب منه ويثبت من الزوج لان القراش له وعلى هذا اذا ادعى رجل صبيّاً  
في يد امرأة فقال هو ابني من الزنا وقالت المرأة هو من النكاح لا يثبت نسبته من الرجل ولا من المرأة لان الرجل أقر انه  
ابنه من الزنا والزنا لا يوجب النسب والمرأة تدعى النكاح والنكاح لا بد له من حجة وكذلك لو كان الامر على العكس  
بان ادعى الرجل انه ابنه من النكاح وادعت المرأة انه من الزنا لما قلنا ولو قال الرجل بعد ذلك في الفصل الاول هو من  
النكاح أو قالت المرأة بعد ذلك في الفصل الثاني هو من النكاح يثبت النسب وان كان ذلك منهما تناقضاً لان التناقض  
ساقط الاعتبار شرعاً باب النسب كما هو ساقط الاعتبار شرعاً في باب العتق لما ذكرنا والله سبحانه وتعالى أعلم  
وأما الثاني فنسب الولد من المرأة يثبت بالولادة سواء كان بالنكاح أو بالسفاح لان اعتبار القراش انما عرفناه بالحديث  
وهو قوله عليه الصلاة والسلام الولد للقراش أي لملك القراش ولا فراش للمرأة لانها مملوكة وليست بملكه فبقى  
الحكم في جانبها متعلقاً بالولادة واذا عرفت ان نسب الولد من الرجل لا يثبت الا اذا صارت المرأة فراشاً له فلا بد  
من معرفة ما يصير به المرأة فراشاً وكيفية عمله في ذلك فنقول والله التوفيق المرأة تصير فراشاً باحد أمرين احدهما  
عقد النكاح والثاني ملك اليمين الا ان عقد النكاح يوجب القراش بنفسه لكونه عقداً موضوعاً لحصول الولد شرعاً  
قال النبي عليه الصلاة والسلام تناكحوا توالدوا تناكحوا توالدوا تناكحوا توالدوا وافاني أبي بكم الامم يوم القيامة ولو بالسقط وكذا الناس  
يقدمون على النكاح لغرض التوالد عادة فكان النكاح سبباً مفضياً الى حصول الولد فكان سبباً لثبات النسب بنفسه  
ويستوى فيه النكاح الصحيح والفاسد اذا اتصل به الوطء لان النكاح الفاسد ينعقد في حق الحكم عند بعض  
مشايخنا لوجود ركن العقد من أهله في محله والفاسد ما فاته شرط من شرائط الصحة وهذا لا يمنع انعقاده في حق  
الحكم كالبيع الفاسد الا انه يمنع من الوطء لغيره وهذا لا يمنع ثبات النسب كالوطء في حالة الحيض والنفاس  
وسواء كانت المنكوحة حرة أو أمة لان المقصود من فراش الزوجة لا يختلف وامامك اليمين في أم الولد يوجب  
القراش بنفسه أيضاً لانه ملك يقصد به حصول الولد عادة فملك النكاح فكان مفضياً الى حصول الولد فملك النكاح  
الا انه أضعف منه لانه لا يقصد به ذلك مثل ما يقصد بملك النكاح وكذا يحتمل النقل الى غيره بالتزويج وينتفي بمجرد  
النفي من غير لعان بخلاف ملك النكاح وامافي الأمة فلا يوجب القراش بنفسه بالاجماع حتى لا يصير الأمة فراشاً  
بنفس الملك بلا خلاف وهل يصير فراشاً بالوطء اختلف فيه قال أصحابنا رضي الله تعالى عنهم لا يصير فراشاً الا  
بقربة الدعوة وقال الشافعي عليه الرحمة يصير فراشاً بنفس الوطء من غير دعوة وعبارة مشايخنا رحمهم الله في هذا  
الباب ان القراش ثلاثة فراش قوى وفراش ضعيف وفراش وسط فالقوى فراش المنكوحة حتى يثبت النسب  
من غير دعوة ولا ينتفي الا باللعان والوسط فراش ام الولد حتى يثبت النسب من غير دعوة وينتفي بمجرد النفي من غير  
لعان والضعيف فراش الأمة حتى لا يثبت النسب فيه الا بالدعوة عندنا خلافاً للشافعي (وجه) قوله ان ثبات النسب  
منه لحصول الولد من مائه وهذا يحصل بالوطء من غير دعوة لان الوطء سبب لحصول الولد قصد منه ذلك أولاً (ولنا)  
ان ووطء الأمة لا يقصد به حصول الولد عادة لانها لا تشتري للوطء عادة بل للاستخدام والاستباح ولو وطئت  
فلا يقصد به حصول الولد عادة لان الولد لا يحصل الا بترك العزل والظاهر في الاماء هو العزل  
والعزل بدون رضا من مشروع فلا يكون وطؤها سبباً لحصول الولد الا بقربة الدعوة ولانه لما ادعى علم بقربة الدعوة  
انه وطئها ولم يعزل عنها والوطء من غير عزل سبب لحصول الولد فيثبت النسب حتى لو كان المولى وطئها وحصلها ولم  
يعزل عنها لا يحل له النفي فيما بينه وبين الله تعالى عز شأنه بل تلزمه الدعوى والاقرار به لانه اذا كان كذلك فالظاهر انه  
ولده فلا يحل له نفيه فيما بينه وبين الله تعالى بلا خلاف بين أصحابنا رضي الله تعالى عنهم واختلفوا فيما اذا وطئها

وحصنها ولكن عزل عنها ولم يعزل عنها ولكنها لم يحصنها قال أبو حنيفة رضي الله عنه يحل له النفي وقال أبو يوسف رحمه الله أحب إلى أن يدعو إذا كان وطئها ولم يعزل عنها وإن لم يحصنها وقال محمد عليه الرحمة أحب إلى أن يعتق ولدها ويستمتع بأمه إلى أن يقرب موته فيعتقها وجه قول أبي يوسف أنه إذا وطئها ولم يعزل عنها احتمل كون الولد منه فلا يحل له النفي بالشك والاحتمال وجه قول أبي حنيفة أنه إذا لم يحصنها احتمل كونه من غيره فلا يلزمه الاقرار به بالشك لأن غير الثابت ييقن لا يثبت بالشك كما أن الثابت ييقن لا يزول بالشك وجه قول محمد أنه إذا احتمل كونه من غيره لا يلزمه الاقرار به كما قاله أبو حنيفة رحمه الله ولما احتمل كونه منه لا يجوز له النفي أيضا كما قاله أبو يوسف لكن يسلك فيه مسلك الاحتياط فيعتق الولد صيانة عن استرقاق الحر عسى ويستمتع بأمه لأن الاستمتاع بالامة وأم الولد مباح ويعتقها عند موته صيانة عن استرقاق الحر بعد موته عسى ويستوى في فراش الملك ملك كل المحل وبعضه وملك الذات وملك اليد في ثبوت النسب وبيان ذلك في مسائل إذا حملت الجارية في ملك رجلين فجات بولد فاداه أحدهما يثبت نسب الولد منه لأن ماله من الملك أوجب النسب بقدره إلا أن النسب لا يتجزأ فثبت في البعض يتعدى إلى الكل وتصير الجارية أم ولد له وعليه نصف قيمتها لشر يركه ونصف العقر ولا يضمن قيمة الولد وهي من مسائل كتاب العتق ولو ادعيه جميعا معا فهو بينهما والجارية أم ولد لهما وهذا عندنا وعند الشافعي رحمه الله هو ابن أحدهما ويتعين بقول القائل وجه قوله أن خلق ولد واحد من ماء فحين مستحيل عادة ما أجرى الله سبحانه وتعالى العادة بذلك إلا في الكلاب على ما قيل فلا يكون الولد إلا من أحدهما ويعرف ذلك بقول القائل فان الشرع ورد بقبول قول القائل في النسب فانه روى أن قائل امر باسامة وزيد وهما تحت قطيفة واحدة قد غطي وجوههما وأرجلهما بادية فقال إن هذه الأقدام يشبه بعضها بعضا فسمع رسول الله صلى الله عليه وسلم ففرح بذلك حتى كادت تبرق أسار يروجه عليه الصلاة والسلام فقد اعتبر عليه الصلاة والسلام قول القائل حيث لم يرد عليه بل قرره باظهار الفرح (ولنا) إجماع الصحابة رضي الله عنهم فانه روى أنه وقعت هذه الحادثة في زمن سيدنا عمر رضي الله عنه فكتب إلى شريح ليلسا فلبس عليهما ولو بينا لبين لهما هو ابناهما يرثانه وكان ذلك بحضور من الصحابة ولم ينقل أنه أنكر عليه منكر فيكون إجماعا لأن سبب استحقاق النسب بأصل الملك وقد وجد لكل واحد منهما فيثبت بقدر الملك حصصا للنسب ثم يتعدى لضرورة عدم التجزئ فيثبت نسبه من كل واحد منهما على الكمال وأما فرح النبي عليه الصلاة والسلام وترك الرد والنكر فاحتمل أنه لم يكن لا اعتبارا بقول القائل حجة بل لوجه آخر وهو أن الكفار كانوا يطعنون في نسب اسامة رضي الله عنه وكانوا يعتقدون القيافة فلما قال القائل ذلك فرح رسول الله صلى الله عليه وسلم لظهور بطلان قولهم بما هو حجة عندهم فكان فرحه في الحقيقة بزوال الطعن بما هو دليل الزوال عندهم واحتمل لا يصلح حجة وكذلك لو كانت الجارية بين ثلاثة أو أربعة أو خمسة فادعوه جميعا معا فهو ابناهم جميعا ثابت نسبه منهم والجارية أم ولد لهم عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف لا يثبت من أكثر من اثنين وقال محمد لا يثبت من أكثر من ثلاثة وجه قول أبي يوسف أن القياس يأبى ثبوت النسب من أكثر من رجل واحد لما ذكرنا للشافعي إلا أن تركنا القياس في رجلين بامر سيدنا عمر رضي الله تعالى عنه فبقي حكم الزيادة مردودا إلى أصل القياس وجه قول محمد أن الحمل الواحد يجوز أن يكون ثلاثة أو أربعة وكل واحد منهم يجوز أن يخلق من ماء على حدة وقد جاء عن إبراهيم النخعي رحمه الله أنه أثبت النسب من ثلاثة فاما الزيادة على الثلاثة في بطن واحد فنادر غاية الندرة فالشرع الوارد في الاثنين يكون واردا في الثلاثة ولا يبي حنيفة أن الموجب لثبات النسب لا يفصل بين عدد الاثنين والخمسة فالقصل بين عدد و عدد يكون تحكما من غير دليل وسواء كانت الانصباء متفقة أو مختلفة بأن كان لأحدهم السدس وللآخر الربع وللآخر الثلث وللآخر ما بقي فالولد ابناهم جميعا لحكم النسب لا يختلف لأن سبب ثبات النسب هو أصل الملك لا صفة المالك والله سبحانه وتعالى أعلم وأما حكم الاستيلاء فيثبت في نصيب كل

واحد بقدر حصته من الملك فلا يتعدى الى نصيب غيره ولو كانت الجارية بين الاب والابن فجاءت بولد فادعياه جميعا معا فالاب أولى عند علمائنا الثلاثة وعند زفر رحمه الله ثبت النسب منهما جميعا وجه قوله انهما استويا في سبب الاستحقاق وهو أصل الملك فيستويان في الاستحقاق (ولنا) ان الترجيح لجانب الاب لان نصف الجارية ملكة حقيقة وله حق تملك النصف الآخر وليس للابن الا ملك النصف فكان الاب أولى ويملك نصيب الابن من الجارية بالقيمة ضرورة ثبوت الاستيلاء في نصيبه لانه لا يتجزأ فلا يتصور ثبوته في البعض دون البعض كما في الجارية المشتركة بين الاجنبيين ويضمن كل واحد منهما للآخر نصف العقر لان الوطء من كل واحد منهما في قدر نصيب شريكه حصل في غير الملك كما في الاجنبيين يضمن كل واحد منهما نصف العقر للآخر ثم يكون النصف بالنصف قصاصا كما في الاجانب وهذا بخلاف حالة الانفراد فان أمة لرجل اذا جاءت بولد فادعاه أبوه ثبت نسبه منه ولا عقر عليه عند أصحابنا الثلاثة لان هناك صار ممتلكا للجارية ضرورة صحة الاستيلاء دسا بقا عليه أو مقارنا له لانعدام حقيقة الملك فحصل الوطء في الملك وهنا الاستيلاء صحيح بدون التملك لقيام حقيقة الملك في النصف فلا حاجة الى التملك لصحة الاستيلاء وانه صحيح بدونه وانما يثبت ضرورة ثبوت الاستيلاء في نصيبه لانه لا يتجزأ على ما ذكرناه الفرق وكذلك الجد عند عدم الاب لانه بمنزلة الاب عند عدمه ولو كان بين الجد والحافد جارية فجاءت بولد فادعياه معا والاب حي يثبت النسب منهما جميعا لان الجد حال قيام الاب بمنزلة الاجنبي ولو ادعى الولد أحد المالكين وأب المالك الآخر فالمالك أولى لان له حقيقة الملك ولأب المالك الآخر حق التملك فكان المالك الحقيقي أولى هذا كله اذا كان الشريك المدعيان حريين مسلمين فان كان أحدهما حرا والآخر عبدا فالحر أولى لان إثبات النسب منه أنفع حيث يصل هو الى حقيقة الحرية وأمه الى حق الحرية وكذلك لو كان أحدهما حرا والآخر عبدا مكاتباً فالحر أولى لان الولد يصل الى حقيقة الحرية ولو كان أحدهما مكاتباً والآخر عبداً فالمكاتب أولى لانه حر يداف كان أفع للولد ولو كانا عبيدين يثبت النسب منهما جميعا لكن هل يشترط فيه تصديق المولى فيه روايتان ومنهم من وفق بين الروايتين فحمل شرط التصديق على ما اذا كان العبد محجوراً وحمل الاخرى على ما اذا كان مأذوناً وعملاً بهما جميعا ولو كان أحدهما مسلماً والآخر ذمياً فالمسلم أولى استحساناً والقياس ان يثبت نسبه منهما وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة وزفر وجه القياس أن النسب حكم الملك وقد استويا في الملك فيستويان في حكمه كما في سائر الاحكام المتعلقة بالملك وجه الاستحسان ان اثبات النسب من المسلم أنفع للصبي لانه يحكم باسلامه تبعاله وكذلك لو كان أحدهما كتابياً والآخر مجوسياً فالقياس ان يثبت النسب منهما بالاستيلاء في الملك وفي الاستحسان الكتابي أولى لانه أقرب الى الاسلام من المجوسي فكان أنفع للصبي ولو كان أحدهما عبداً مسلماً أو مكاتباً مسلماً والآخر حراً كافراً فالحر أولى لان هذا أنفع للصبي لانه يمكنه ان يكتسب الاسلام بنفسه اذا عقل ولا يمكنه اكتساب الحرية بحال ولو كان أحدهما ذمياً والآخر مرتدلاً وان ولد المرتد على حكم الاسلام ألا ترى انه اذا بلغ كافراً يجبر على الاسلام واذا أجبر عليه فالظاهر انه يسلم فكان هذا أنفع للصبي هذا كله اذا خرجت دعوة الشريكين معاً فاما اذا سبقت دعوة أحدهما في هذه القصول كلها كائناً من كان فهو أولى لان النسب اذا ثبت من انسان في زمان لا يحتمل الثبوت من غيره بعد ذلك الزمان هذا اذا حملت الجارية في ملكهما فجاءت بولد فادعاه أحدهما أو ادعياه جميعا فاما اذا كان العلوق قبل الشراء بان اشتراها وهي حامل فجاءت بولد فادعاه أحدهما فاما حكم نسب الولد وصيرورة الجارية أم ولد له وضمان نصف قيمة الام موسراً كان أو معسراً فلا يختلف ويختلف حكم العقر والولد فلا يجب العقر هنا ويجب هناك لان الاقرار بالنسب هنا لا يكون اقراراً بالوطء لثبوتنا بعدم العلوق في الملك بخلاف الاول والولد يكون بمنزلة عبد بين شريكين أعتقه أحدهما لان ابتداء العلوق لم يكن في ملكه فلم يحز اسناد الدعوى الى حالة العلوق الا انه ادعى نسب ولد بعضه على ملكه ودعوى الملك بمنزلة انشاء الاعناق ولو أعتق هذا

الولد يضمن نصيب شريكه منه ان كان موسرا ولم يضمن ان كان معسرا كذا هذا بخلاف ما اذا علقت الجارية في ملكهم لان هناك استندت الدعوة الى حال العلوق فسقط الضمان وهنا لا تستند فلا بد من افراد الولد بالضمان والولا بينهما وان ادعياه فيها ولا عقروا احدهما على صاحبه كما في الاول ولا يفرقان الا في الولا فان ثبت هنا لا يثبت هناك لان الدعوة ثمة دعوة الاستيلاء فيعلق الولد حرا والدعوة هناك دعوة تحريره وانه يوجب استحقاق الولا قال عليه الصلاة والسلام الولا لمن اعتق ولو كانت الجارية المشتراة زوجة أحدهما فجاءت بولد لقل من ستة أشهر يثبت نسبه من الزوج من غير دعوة لانها اذا جاءت به لقل من ستة أشهر فقد تيقنا ان علوق الولد كان من النكاح وعقد النكاح يوجب الفراش بنفسه ويضمن نصف قيمة الجارية لانهما صارت أم ولد له فصار متملكا نصيب شريكه بالقيمة ولا يضمن قيمة الولد لانه عتق عليه من غير صنعه ولو اشترى اخوان جارية حاملًا فجاءت بولد فادعاه أحد هما يثبت نسبه منه وعليه نصف قيمة الولد لان دعوته دعوة تحريره فاذا ادعاه فقد حره والتحرير انلاف نصيب شريكه فيضمن نصف قيمته ولا يعتق الولد على عمه بالقرابة لان الدعوة من أخيه اعتاق حقيقة فيضاف العتق اليه الى القرابة هذا اذا ولدت الجارية المشتركة ولدًا فادعاه أحد الشر يكتن أو ادعياه جميعا فاما اذا ولدت ولدين فادعي كل واحد منهما ولد اعلى حدة فنقول هذا في الاصل لا يخلو اما أن ولدتهم في بطن واحد واما أن ولدتهم في بطنين مختلفين والدعوتان اما أن خرجتا جميعا معا واما أن سبقت احدهما الاخرى فان ولدت الجارية الولدين في بطن واحد فان خرجت الدعوتان جميعا معا ثبت نسب الولدين منهما جميعا لان دعوة أحد التوأمين دعوة الاخر لا استحالة الفصل بينهما في النسب لعلوقهما من ماء واحد فكانت دعوة أحدهما دعوة الاخر ضرورة وان سبق أحدهما بالدعوة ثبت نسب الولدين منه لانه ثبت نسب المدعى ومن ضرورية ثبوت نسب الاخر وعتقا جميعا لعلوقهما حري الاصل وصارت الجارية أم ولد له وغرم نصف العقر ونصف قيمة الجارية والله سبحانه وتعالى أعلم هذا اذا ولدتهم في بطن واحد فاما اذا ولدتهم في بطنين مختلفين فان خرجت الدعوتان جميعا معا ثبت نسب الاكبر من مدعى الاكبر بلا شك وصارت الجارية أم ولد له وغرم نصف قيمة الجارية ونصف العقر لمدعى الاصغر وهل يثبت نسب الولد الاصغر من مدعى الاصغر فالقياس ان لا يثبت الا بتصديق مدعى الاكبر وفي الاستحسان يثبت وجه القياس ان الجارية صارت أم ولد لمدعى الاكبر لثبوت نسب الاكبر منه فدعى الاصغر يدعى ولد أم ولد الغير ومن ادعى ولد أم ولد الغير لا يثبت نسبه منه الا بتصديقه ولم يوجد وجه الاستحسان أن مدعى الاكبر غير مدعى الاصغر حيث أخر الدعوة الى دعوته فصار مدعى الاصغر بتأخير دعوة الاكبر مغرورا من جهته وولد المغرور ثابت النسب حر بالقيمة وعلى مدعى الاصغر العقر لمدعى الاكبر لكن نصف العقر أو كله فقيه اختلاف الروايتين والتوفيق بينهما ممكن لان رواية نصف العقر على مدعى الاصغر جواب حاصل ما عليه من العقر بعد القصاص وهو النصف ورواية الكل بيان ما عليه قبله لان مدعى الاكبر قد غرم نصف العقر لمدعى الاصغر فالنصف بالنصف يلتقيان قصاصا فلا يبقى على مدعى الاصغر بعد المقاصة الا النصف فأمكن التوفيق بين الروايتين من هذا الوجه وعلى مدعى الاصغر قيمة الولد الاصغر لانه ولد المغرور وولد المغرور حر بالقيمة بإجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم فاذا على مدعى الاصغر نصف العقر وكل قيمة الولد وعلى مدعى الاكبر نصف قيمة الجارية لصير وزتها أم ولد له فيصير نصف قيمة الجارية الذي على مدعى الاكبر قصاصا بنصف العقر وقيمة الولد الذي على مدعى الاصغر ويتراد ان الفضل هذا اذا خرجت الدعوتان جميعا معا فدعى أحدهما الاكبر والاخر الاصغر فاما اذا سبق أحدهما بالدعوة فان ادعى السابق الاكبر ولا قد ثبت نسب الاكبر منه وعتق وصارت الجارية أم ولد له وغرم لشريكه نصف قيمة الجارية ونصف العقر بعد ذلك اذا ادعى الاخر الاصغر فقد ادعى ولد أم ولد الغير فلا بد من التصديق لثبات النسب فان صدقه ثبت النسب ويكون على حكم أمه وان كذبه لا يثبت النسب هذا اذا ادعى السابق بالدعوة الاكبر

أولا فاما اذا ادعى الاصغر أولا ثبت نسب الاصغر منه وعتق وصارت الجارية أم ولد له وضمن نصف قيمتها ونصف عقرها لشرى كالأخر والا كبر بعد رقيق بينهما لانه ولد جارية مملوكة بينهما يدعه أحد فاذا ادعاه الشريك الآخر بعد ذلك صار كعبد بين اثنين أعتقه أحدهما عتق نصيبه وثبت نسبه منه والشريك الآخر بالخيار ان شاء أعتق نصيبه وان شاء ضمن المعتق قيمة نصيبه ان كان موسرا وان كان معسرا فله خيار الاعتاق والاستسعاء لا غير وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله وعندهما ان كان موسرا فله تضمين الموسر لا غير وان كان معسرا فله الاستسعاء على ما علم في كتاب العتاق ولو قال أحدهما الا كبر ابني والاصغر ابن شريكي ثبت نسب الا كبر منه وصارت الجارية أم ولد له وضمن نصف قيمة الجارية ونصف العقر لشرى كالأخر والاصغر ولد أم ولد له أقر بنسبه لشرى كالأخر فان صدقه شريكي ثبت نسبه منه ولا يعتق وان كذبه لا يثبت النسب وكذلك لو قدم وأخر بأن قال الاصغر ابني والا كبر ابن شريكي ثبت نسب الاصغر منه ونسب الا كبر موقوف على تصديق شريكي ولو قال أحدهما الا صغر ابني والا كبر ابن شريكي أو قدم وأخر فقال الا كبر ابن شريكي والاصغر ابني ثبت نسب الاصغر منه وعتق وصارت الجارية أم ولد له وعتق وضمن لشرى كالأخر نصف قيمة الجارية ونصف العقر ونسب الا كبر موقوف على تصديق شريكي فان صدقه ثبت النسب منه ويغرم لمدعى الاصغر نصف قيمة الا كبر وان كذبه صار كعبد بين شريكين يشهد أحدهما على صاحبه بالاعتاق وكذبه صاحبه لما علم في كتاب العتاق ولو ولدت جارية في يد انسان ثلاثة أولاد فادعى أحدهم فتقول لا يخلو اما ان ولدوا في بطن واحد واما أن ولدوا في بطون مختلفة ولا يخلو اما ان ادعى أحدهم بعينه واما ان ادعى أحدهم بغير عينه فان ولدوا في بطن واحد فادعى أحدهم بغير عينه فقال أحدهم لا ابني أو عين واحد منهم فقال هذا ابني عتقوا وثبت نسب الكل منه لان من ضرورة ثبوت نسب أحدهم ثبوت نسب الباقي لانهم توأم علقوا من ماء واحد فلا يفصل بين البعض والبعض في النسب واذا ثبت نسبهم صارت الجارية أم ولد له وهذا اذا ولدوا في بطن واحد واما اذا ولدوا في بطون مختلفة فقال الا كبر ولدي ثبت نسبه منه وصارت الجارية أم ولد له وهل يثبت نسب الاوسط والاصغر القياس أن يثبت وهو قول زفر رحمه الله ويكون حكمهما حكم الامم وفي الاستحسان لا يثبت وجه القياس ظاهر لانه لما ثبت نسب الا كبر فقد صارت الجارية أم ولد له فكان الاوسط والاصغر ولد أم الولد وولد أم الولد يثبت نسبه من مولاها من غير دعوة ما لم يوجد النفي منه ولم يوجد وجه الاستحسان أن النفي فيه وان لم يوجد نفا فقد وجد دلالة وهو الاقدام على تخصيص أحدهم بالدعوة فان ذلك دليل نفي البواقي اذ لو لم يكن كذلك لم يكن لتخصيص البعض مع استواء الكل في استحقاق الدعوة معنى هذا اذا ادعى الا كبر فاما اذا ادعى الاوسط فهو حر ثابت النسب منه وصارت الجارية أم ولد له والا كبر رقيق لانه ولد على ملكه ولم يدعه أحد وهل يثبت نسب الاصغر فهو على ما ذكرنا من القياس والاستحسان هذا اذا ادعى الاوسط فاما اذا ادعى الاصغر فهو حر ثابت النسب والجارية أم ولد له والا كبر والاوسط رقيقان لما ذكرنا هذا اذا ادعى أحدهم بعينه فاما اذا ادعى بغير عينه فقال أحدهم لا ابني فان بين فالحكم فيه ما ذكرنا وان مات قبل البيان عتقت الجارية بلا شك لانه لما ادعى نسب أحدهم فقد أقران الجارية أم ولد له وأم الولد تعتق بموت السيد وأما حكم الاولاد في العتق فقد ذكرنا الاختلاف فيه بين أبي حنيفة وصاحبيه رضوان الله تعالى عليهم في كتاب العتاق عبد صغير بين اثنين أعتقه أحدهما ثم ادعاه الآخر ثبت نسبه منه عند أبي حنيفة رحمه الله ونصفي ولأنه الآخر وعندهما لا يثبت نسبه بناء على أن الاعتاق يجزأ عنده فيبقى نصيب المدعى على ملكه فتصح دعوته فيه وعندهما لا يجزأ أو يعتق الكل فلم يبق للمدعى فيه ملك فلم تصح دعوته وان كان العبد كبيرا فكذلك عنده لما ذكرنا انه يبقى الملك له في نصيبه وعندهما ان صدقه العبد ثبت النسب والا فلا لانه عتق كله باعتاق البعض فلا بد من تصديقه ويخرج على الاصل الذي ذكرنا دعوة العبد المأذون ولد جارية من اكسابه انها تصح ويثبت نسب الولد منه لان ملك السيد ثابت لموانه كاف لثبات

النسب ولو ادعى المضارب ولد جارية المضاربة لم تصح دعوته اذ لم يكن في المضارب ربح لانه لا بد لتببات النسب من ملك ولا ملك للمضارب أصلاً لا ملك الذات ولا ملك اليد اذ لم يكن في المضاربة ربح ولو ادعى ولداً من جارية مولاه ليس من تجارته وادعى ان مولاهما أحلها له أو زوجها منه لا يثبت نسبه منه الا بتصديق المولى لانه أجنبى عن ملك المولى لانعدام الملك له فيه أصلاً فالتحق بسائر الأجناب الا في الحد فان كذبه المولى ثم عتق فملك الجارية بوجه من الوجوه فقدت دعوته لانه أقر بحجة مصححة للنسب لكن توقف نفاذه لحق المولى وقد زال ولو تزوج المأذون حرة أو أمة فوطئها ثبت النسب منه سواء كان النكاح باذن المولى أو لا لان النسب ثبت بالنكاح صحياً كان أو فاسداً وعلى هذا دعوة المكاتب ولد جارية من اكسابه صحيحة لان ملك اليد والتصرف ثابت له كالمأذون واذا ثبت نسب الولد منه لم يحجز بيع الولد ولا بيع الجارية أما الولد فلا أنه مكاتب عليه ولا يجوز بيع المكاتب وأما الأم فلا نه لم يباحق ملك يتقلب ذلك الحق حقيقة عند الاداء فنع من بيعها والعبد المسلم والذي سوا في دعوى النسب وكذا المكاتب المسلم والذي لان الكفر لا ينافي النسب ويستوى في دعوته الاستيلاء وجود الملك وعدمه عند الدعوة بعد ان كان العلوق في الملك فان كان العلوق في غير الملك كانت دعوته دعوة تحرير فيشترط قيام الملك عند الدعوة فان كان في ملكه يصح وان كان في ملك غيره لا يصح الا بشرط التصديق أو اليقينة فتقول جملة الكلام فيه ان الدعوة نوعان دعوة الاستيلاء ودعوة تحرير فدعوة الاستيلاء هي ان يكون علوق المدعى في ملك المدعى وهذه الدعوة تستند الى وقت العلوق وتتضمن الاقرار بالوطء فيتبين انه علق حراً ودعوة التحرير هو ان يكون علوق المدعى في غير ملك المدعى وهذه الدعوة تقتصر على الحال ولا تتضمن الاقرار بالوطء لعدم الملك وقت العلوق وبيان هذه الجملة في مسائل اذا ولدت جارية في ملك رجل لستة أشهر فصاعداً فلم يدع الولد حتى باع الام والولد ثم ادعى الولد صحته ودعوته ويثبت النسب منه وعتق وظهر ان الجارية أم ولد له ويبطل البيع في الجارية وفي ولدها وهذا الاستحسان وفي القياس ان لا تصح دعوته ولا يثبت النسب لعدم الملك وقت الدعوة وجه الاستحسان أن قيام الملك وقت الدعوة ليس بشرط لصحة هذه الدعوة بل الشرط أن يكون علوق الولد في الملك لان هذه الدعوة تستند الى وقت العلوق فاذا كان علوق الولد في ملك المدعى فقد ثبت له حق استحقاق النسب وانه لا يحتمل البطالان كما لا يحتمل حقيقة النسب فلم يبطل البيع وصحت دعوته وظهر ان الجارية كانت أم ولد فلم يصح بيعها وبيع ولدها فبردها وولدها ويرد الثمن ولو لم يدعه البائع حتى خرج عن ملك المشتري بوجه من الوجوه ينظر ان كان ذلك يحتمل الفسخ يفسخ وان لم يحتمله لا يفسخ الا ضرورة فتقول بيانه اذا كان المشتري باع الولد أو وهبه أو رهنه أو أجره أو كاتبه فادعاه البائع فقص ذلك وثبت النسب لان هذه التصرفات مما يحتمل الفسخ والنقض وكذلك لو كان المشتري باع الام أو كاتبها أو رهنها أو أجرها أو زوجها لما قلنا ولو كان أعتقها أو أعتق الولد لم تصح دعوة البائع لان العتق بعد ثبوته لا يحتمل البطالان الا لضرورة لانه يعقبه أثر لا يحتمل البطالان وهو الولاء وكذلك لو مات الولد أو قتل لان الميت مستغن عن النسب وكذلك لو كان المشتري باع الولد فأعتقه المشتري أو دبره أو مات عبده لم تصح دعوة البائع لما قلنا ولو كان المشتري أعتق الام أو دبرها دون الولد صحت دعوته في الولد ولم تصح في الام وفسخ البيع في الولد ولا يفسخ في الام لان المانع من الفسخ خص الام ولا تصير الجارية أم ولد له لان أمومية الولد ليست من لوازم ثبات النسب بل تنفصل عنه في الجملة كمن استولد جارية الغير بالنكاح ثبت نسب الولد منه ولا تصير الجارية أم ولد له لئلا أن يملكها بوجه من الوجوه واذا فسخ البيع في الولد ويرد البائع مع الثمن حصبة الولد فيقسم الثمن على قدر قيمتهما فتعتبر قيمة الام يوم العقد وقيمة الولد يوم الولادة لانه انما صار ولداً بالولادة فتعتبر قيمته يومئذ فيسقط قدر قيمة الام ويرد قدر قيمة الولد ولو كانت قطعت يد الولد عند المشتري وأخذ أرشها ثم ادعاه البائع ثبت نسبه وسلم الارش للمشتري لان هذه دعوة الاستيلاء وانها تستند الى

وقت العلوق ومن شأن المستند أن يثبت للحال أو لا ثم يستند فيستدعى قيام المحل للحال لاستحالة نبوت الحكم في الهالك واليد المقتطوعة هالك فلا يمكن تصحيح الدعوة فيها بطريق الاستناد ويسقط عن البائع من الثمن حصصة الولد لانه سلم البديل للمشتري وهو الارش ولومات الام ثم ادعى البائع الولد سحت دعوته وثبت النسب لان محل النسب قائم وهو الولد وأمومية الولد ليست من لوازم نبوت النسب لما تقدم فثبت نسب الولد وان لم تصر الجارية أم ولد له وهل يرد جميع الثمن عند أي حنيقة نعم وعندهما لا يرد الا قدر قيمة الولد فتعتبر القيمتان ويقسم الثمن على قدر قيمتهما فأصاب قيمة الام يسقط وما أصاب قيمة الولد يرد لانه ظهر أن الجارية أم ولده ومن باع أم ولده ثم هلك عند المشتري لا تكون مضمونة عليه عنده وعندهما تكون مضمونة عليه ولقب المسئلة أن أم الولد غير متقومة من حيث انها مال عنده وعندهما متقومة وهي من مسائل العتاق وعلى هذا اذا باعها والحمل غير ظاهر فولدت في يد المشتري لا قل من ستة أشهر فادعاه البائع وعلى هذا اذا حملت الجارية في ملكه فباعها وهي حامل فولدت عند المشتري لا قل من ستة أشهر فادعاه البائع هذا اذا ولدت ولداً (فأما) اذا ولدت ولدين في بطن واحد فادعى البائع فان ادعاهما ثبت نسب الولدين منه وهذا ظاهر وكذا اذا ادعى أحدهما سحت دعوته ولزمه الولدان جميعا لما مر أن التوأمين لا يحتملان الفصل في النسب لا لنحلا فقام من ماء واحد فان ولدت أحدهما لا قل من ستة أشهر والاخر لا كثر من ستة أشهر فادعى أحدهما ثبت نسبهما ويجعل كأنهما ولدت لهما جميعا عند البائع لا قل من ستة أشهر لانهما كانا جميعا في البطن وقت البيع ولو ولدت لهما عند البائع فباع أحد الولدين مع الام ثم ادعى الولد الذي عنده ثبت نسبه ونسب الولد المبيع أيضا سواء كان المشتري ادعاه أو أعتقه لما ذكرنا أنهما لا يحتملان الفصل في ثبات النسب فمن ضرورة ثبوت نسب أحدهما ثبوت نسب الآخر وكذلك لو ولدت لهما عند المشتري فأعتق أحدهما ثم ادعى البائع الآخر ثبت نسبهما جميعا وينتقض العتق ضرورة فرقا بين الولد وبين الام انه لو كان أعتق الام فادعى البائع الولد لا ينتقض العتق في الام وينتقض في الولد لان العتق لا يشمل الفسخ مقصوداً وانما يحتمله للضرورة وفي الولد ضرورة عدم الاحتمال للا تفصال في النسب ولا ضرورة في الام لما ذكرنا أن أمومية الولد تنفصل عن اثبات النسب في الجملة ولو قطعت يد أحد الولدين ثم ادعاهما البائع ثبت نسبهما وكان الارش للمشتري لا للبائع الآن يقيم البائع اليانة على الدعوة قبل البيع فتكون له لما ذكرنا أن ما ثبت بطريق الاستناد ثبت في الحال ثم يستند فيستدعى قيام المحل للحال واليد المقتطوعة هالك فلا يظهر أثر الدعوة فيها ولو قتل أحدهما ثم ادعاهما البائع ثبت نسبهما وكانت قيمة المقتول لورثة المقتول لا للمشتري فرقا بين القتل والقطع (ووجه) الفرق أن محل حكم الدعوة مقصود أهو النفس وانما يظهر في الاطراف تبعاً للنفس وبالقطع تقطعت التبعية فلا يظهر حكم الدعوة فيها فسلم الارش للمشتري ونفس كل واحد من التوأمين أصل في حكم الدعوة فتحت في أحدهما تصح في الآخر وان كان مقتولا ضرورة انه لا يتصور الفصل بينهما في النسب ومتى سحت الدعوة استندت الى وقت العلوق لانها دعوة الاستيلاء فتبين انهما علقا حرين فكان ينبغي أن نجيب الدية لورثة المقتول لا القيمة لانه وجبت القيمة لان هذه الدعوة بطريق الاستناد والمستند يكون ظاهراً من وجه مقتصر على الحال من وجه فعلنا بالشبهين فأوجبنا القيمة عملاً بشبه الاقتصاد وجعلنا الواجب لورثة المقتول عملاً بشبه الظهور عملاً بالدليلين بقدر الامكان وكذلك لو أعتق المشتري أحدهما ثم قتل وترك ميراثاً أخذ دية وميراثه بالولاء ثم ادعى البائع الولدين فانه يقضى بالحي وامه للبائع ويثبت نسب الولد المقتول منه وبأخذ الدية والميراث من المشتري لما قلنا هذا اذا ولدت في يد المشتري لا قل من ستة أشهر من وقت البيع فان ولدت لستة أشهر فصاعداً لم تصح دعوة البائع الا أن يصدق المشتري لاننا نتيقن بالعلوق في الملك فلم يمكن تصحيح هذه الدعوة دعوة استيلاء فتصح دعوة تحرير ويشترط لصحة هذه الدعوة قيام الملك للمدعى وقت الدعوة ولم يوجد فلا تصح الا اذا صدقه المشتري فتصح لانه أقر بنسب عبد غيره وقد صدقه الغير في ذلك فثبت نسبه ويكون عبد أم لولاه ولو

ادعى المشتري نسبه بعد تصديقه البائع لم يصح لما مر أن النسب متى ثبت لا نسيان في زمان لا يتصور ثبوته من غيره بعد ذلك هذا كله اذا كانت الدعوى من البائع فان كانت من المشتري وقد ولدت لاقول من ستة أشهر صحت دعوته وثبت النسب لان هذه دعوة تحرير لا دعوة استيلاء لتيقنا ان العلوق لم يكن في الملك فيستدعي قيام الملك وقت الدعوة وقد وجد فلو ادعاه البائع بعد ذلك لا نسمع دعوته لما مر أن اثبات نسب ولد واحد من اثنين على التعاقب يمنع ولو ادعاه البائع والمشتري معا فدعوة البائع أولى لان دعوته دعوة استيلاء لوقوع العلوق في الملك وانها تستند الى وقت العلوق ودعوة المشتري دعوة تحرير لوقوع العلوق في غير الملك بيقين وانها تقتصر على الحال والمستند أولى لانه سابق في المعنى والاسبق أولى كرجلين ادعى ان يلقى الملك من واحد ونار يخ أحدهما أسبق كان الاسبق أولى كذا هذا وعلى هذا اذا ولدت أمة لرجل ولد في ملكه لستة أشهر فصاعداً فادعاه أبوه ثبت نسبه منه سواء ادعى شبهه أولاً صدقة الابن في ذلك أو كذبه لان الاقرار بنسب الولد اقرار بوطء الجارية والاب اذا وطئ جارية ابنته من غير نكاح يصير مثل ملكا ايها الحاجه الى نسب ولد يحياه ذكره ولا يثبت النسب الا بالملك وللأب ولاية تملك مال ابنه عند حاجته اليه ألا ترى انه يملك ماله عند حاجته الى الاطلاق على نفسه كذا هذا إلا أن هناك يملك بغير عوض وهنا بموضع وهو قيمة الجارية لتفاوت بين الحاجتين اذ الحاجة هناك الى ابقاء النفس والحاجة هنا الى ابقاء الذكر والاسم والتملك بغير عوض أقوى من التملك بموضع لان ما قبله عوض كان تملكه بصورة لا معنى وقد دفع الشارع كل حاجة بما يناسبها فدفع حاجة استيفاء المهرجة بالتملك بغير بدل وحاجة استيفاء الذكر بالتملك ببدل رعاية للجانبين جانب الابن وجانب الاب وتصدق الابن ليس بشرط فسواء صدقة الابن في الدعوى والاقرار أو كذبه يثبت النسب فرقا بين هذا وبين المولى اذا ادعى ولد أمة مكاتبه انه لا يثبت نسبه منه الا بتصديق المكاتب (ووجه) الفرق ظاهر لانه لا ولاية للمولى على مال المكاتب فكان أجنبياً عنه فوقت الحاجة الى تصديقه وللأب ولاية على مال ابنه فلا يحتاج الى تصديقه لصحة هذه الدعوة لكن من شرط صحة هذه الدعوة كون الجارية في ملك الابن من وقت العلوق الى وقت الدعوة حتى لو اشتراها الابن خفاءت بولده لاقول من ستة أشهر فادعاه الاب لا تصح دعوته لانعدام الملك وقت العلوق وكذا لو باعها خفاءت بولده في يد المشتري لاقول من ستة أشهر فادعاه الاب لا تصح لانعدام الملك وقت الدعوة وكذا لو كان العلوق في ملكه وولدت في ملكه وخرجت عن ملكه فيما بينهما لا تقطع الملك فيما بينهما ثم انما كان قيام الملك للابن في الجارية من وقت العلوق الى وقت الدعوة مشروطاً لصحة هذه الدعوة لان الملك يثبت مستنداً الى زمان العلوق ولا يثبت الملك الا بالملك ولا تملك الاب بولاية التملك لان تملك مال الانسان عليه كرها وتنفيذ التصرف عليه جبراً لا يكون الا بالولاية فلا بد من قيام الولاية فاذا لم تكن الجارية في ملكه من وقت العلوق الى وقت الدعوة لم تتم الولاية فلا يستند الملك وكذلك الاب لو كان كافراً أو عبداً فادعى لا تصح دعوته لان الكفر والرق ينفيان الولاية ولو كان كافراً فأسلم أو عبداً فاعتق فادعى نظرياً في ذلك ان ولدت بعد الاسلام أو الاطلاق لاقول من ستة أشهر لم تصح دعوته لانعدام ولاية التملك وقت العلوق وان ولدت لستة فصاعداً صحت دعوته ويثبت النسب لقيام الولاية ولو كان محتوفاً فاق صحت دعوته استحساناً والقياس أن لا تصح لان الجنون مناف للولاية بمنزلة الكفر والرق (وجه) الاستحسان ان الجنون أمر عارض كالأغماء وكل عارض على أصل اذا زال يلحق بالعدم من الأصل كأنه لم يكن كالو أغمى عليه ثم أفاق ولو كان مرتد فادعى ولد جارية ابنته فدعوته موقوفة عند أبي حنيفة لتوقف ولايته وعندهما صحيحة لتفاد ولايته بناء على ان تصرفات المرتد موقوفة عنده وعندهما نافذة واذا ثبت الولد من الاب فنقول صارت الجارية أم ولد ولا عقر عليه عند أصحابنا الثلاثة رحمهم الله تعالى وعند زفر والشافعي رحمهما الله يجب عليه العقر (وجه) قولهما أن الملك ثبت مشروطاً لصحة الاستيلاء والاستيلاء لا يلج منزل معلق فكان الفعل قبل الانزال خالياً عن الملك فيوجب العقر ولهذا يوجب نصف العقر في الجارية المشتركة بين الاجنيين اذا جاءت بولد فادعاه أحدهما لان



الوطء في نصيب شريكه حصل في غير الملك فيوجب نصف العقر (ولنا) أن الإيلاج المنزل المعلق من أوله إلى آخر  
 إيلاج واحد فكان من أوله إلى آخره استيلاء أفلاد أو أن يتقدمه الملك أو يقارنه على جارية مملوكة لنفسه فلا عقر  
 بخلاف الجارية المشتركة لأن ثمة لم يكن نصيب الشريك شرطاً لصحة الاستيلاء وثبات النسب لأن نصف الجارية  
 ملكه وقيام أصل الملك يكفي لذلك وإنما ثبتت حكم الثابت في نصيبه قضية للنسب ضرورة أنه لا يتجزأ وحكم الشيء  
 لا يسبقه بل يتعقبه فوطء المدعى صادف نصيبه ونصيب شريكه ولا ملك له في نصيب شريكه والوطء في غير الملك  
 يوجب الحد إلا أنه سقط للشبهة فوجب العقر وهنا اتفقت شرط الثبوت النسب وصحة الاستيلاء وشرط الشيء  
 يكون سابقاً عليه أو مقارناً له فالوطء صادف ملك نفسه فلا يوجب العقر ولا يضمن قيمة الولد أيضاً لأنه علق حراً  
 وإن كانت الجارية مملوكة لا ولاء عليه لأن ذلك حكم الاعطاف فيستدعي تقديم الرق ولم يوجد ودعوة الجسد أبي الأب  
 ولد جارية ابن الأب بنحرة دعوة الأب عند اندامه أو عند اندام ولابته (فأما) عند قيام ولابته فلا حتى لو كان الجسد  
 نصرانياً وحافداً مملوكاً ولا ب مسلم لم تصبح دعوة الجسد لقيام ولابته ولا ب وإن كان الأب ميتاً أو كان كافراً أو عبداً  
 تصبح دعوة الجسد لا تقطع ولابته الأب وكذا إذا كان الأب ممتوها من وقت الطلق إلى وقت الدعوة صحت دعوة  
 الجسد قلنا أن أفاق ثم ادعى الجسد لم تصبح دعوته لأنه لما أفاق فقد التحق العارض بالعدم من الأصل فعدت ولابته  
 الأب فسقطت ولابته الجسد ولو كان الأب مرتداً فدعوة الجسد موقوفة عند أبي حنيفة رحمه الله فإن قتل على الردة أو  
 مات صحت دعوة الجسد وإن أسلم لم تصبح لتوقف ولابته عند كتوفه نصر فانه وعندهما لا تصبح دعوة الجسد لأن  
 نصر فاته عندهما نافذة فكانت ولابته قائمة هذا إذا وطئ الأب جارية ابن من غير نكاح (فأما) إذا وطئها بالنكاح  
 ثبت النسب من غير دعوة سواء وطئها بنكاح صحيح أو فاسد لأن النكاح يوجب الفرائض بنفسه صحيحاً كان أو فاسداً  
 ولا يملك الجارية لأنه وطئها على ملك الابن بقصد النكاح وعند الشافعي رحمه الله لا يجوز هذا النكاح لما علم في كتاب  
 النكاح ويمتق الولد على أخيه بالقرابة لأن النسب إنما يثبت بقصد النكاح لا بملك اثنين فبقيت الجارية على ملك الابن  
 وقدمت الابن أخاه فيمتق عليه فإن ملك الأب الجارية بوجه من الوجوه صارت أم ولده لوجود سبب أمومية الولد  
 وهو ثبات النسب إلا أنه توقف حكمه على وجود الملك فإذا ملكها صارت أم ولده هذا كله إذا ادعى الأب ولد  
 جارية ابنه فأما إذا ادعى ولداً أم ولده أو مدبرته بأن جاءت بولد فتفاه الابن حتى انتفى سببه منه ثم ادعاه الأب لم يثبت  
 نسبه منه في ظاهر الرواية وعليه نصف العقر وروى عن أبي يوسف رحمه الله أنه فرق بين ولد أم الولد وبين ولد  
 المدبرة فقال لا يثبت نسب ولد أم الولد يثبت نسب ولد المدبرة من الأب وعليه قيمة الولد والعقر والولاء للابن  
 (وجه) هذه الرواية أن ثبات النسب لا يقف على ملك الجارية بل لا محالة فإن نسب ولد الأمة المنكوحه ثبت من  
 الزوج والأمة ملك المولى (وأما) القيمة فلا تملك ولد ثابت النسب على حر أو أشبهه ولد المنكر ورفيكون حرّاً بالقيمة  
 والولاء للابن لأنه استحقه بالتدبير وأنه لا يحتمل القسح بعد الاستحقاق بخلاف ولد أم الولد لأن أم الولد فرائض  
 لمولاه فكان الولد مولوداً على فراش الابن والمولود على فراش انسان لا يثبت نسبه من غيره وإن انتفى عنه بالنفي كافي  
 اللعان والصحيح جواب ظاهر الرواية لأن النسب لا يثبت إلا بالملك وأم الولد والمدبرة لا يثبتان التملك ويضمن  
 العقر لأنه إذا لم تملك كما فقد حصل الوطء في غير الملك وقد سقط الحد للشبهة فيجب العقر هذا إذا لم يصدقه الابن في  
 الدعوى بعدما تفاه فإن صدقه ثبت النسب بالاجماع لأن نسب ولد جارية لا جنسي يثبت من المدعى بتصديقه في  
 النسب فنسب ولد جارية لابن أولى ويمتق على الابن لأن أخاه مملوكه ولاؤه له لأن الولاء لمن أعتق ولو ادعى  
 ولم يكتب ابنه لم يثبت نسبه منه لأن النسب لا يثبت بدون الملك والمكاتبة لا تحتمل التملك فلا تصبح دعوته إلا إذا  
 عجزت فتتخذ دعوتها إذا عجزت فقد عادت قناً وجعل المعارض كالعدم من الأصل فصار كالأدعى قبل الكتابة  
 والله سبحانه وتعالى أعلم

**فصل** وأما بيان ما يظهر به النسب فالنسب يظهر بالدعوة مرة وبالبينة أخرى أما ظهور النسب بالدعوة فيستدعي شرائط صحة الدعوة والاقرار بالنسب وسند كره في كتاب الاقرار إلا أنه قد يظهر بنفس الدعوة وقد لا يظهر الا بشرط التصديق فنقول جملة الكلام فيه ان المدعى نسبه اما أن يكون في يد نفسه واما أن لا يكون فان كان في يد نفسه لا يثبت نسبه من المدعى الا اذا صدقه لانه اذا كان في يد نفسه فاقراره يتضمن ابطال يده فلا تبطل الا برضاه وان لم يكن في يد نفسه فاما أن يكون مملوكا واما ان لم يكن فان كان مملوكا يثبت نسبه بنفس الدعوة اذا كان في ملك المدعى وقت الدعوة وان كان في ملك غيره عند الدعوة فان كان علقه في ملك المدعى ثبت نسبه بنفس الدعوة أيضا وان لم يكن علقه في ملكه لا يثبت نسبه الا بتصديق المالك على ما ذكرنا وان لم يكن مملوكا فاما ان لم يكن في يد أحد لا في يد غيره ولا في يد نفسه كالصبي المنبوذ واما ان كان في يد أحد كالقبط فان لم يكن في يد أحد ثبت نسبه بنفس الدعوة استحسانا والقياس أن لا يثبت (وجه) القياس انه ادعى أمرًا جائز الوجود والعدم فلا بد لترجيح أحد الجانبين من مرجح ولم يوجد فلم تصح الدعوة (وجه) الاستحسان انه عاقل أخير بما هو محتمل الثبوت وكل عاقل أخير بما يحتمل الثبوت يجب تصديقه تحسينا للظن به وهو الاصل الا اذا كان في تصديقه ضرر بالغير وهنا في التصديق نظر من الجانبين جانب اللقيط بالوصول الى شرف النسب والحضانة والتربية وجانب المدعى بولديستعين به على مصالحه الدينية والدنيوية وتصديق العاقل في دعوى ما ينفع به ولا يتضرر غيره به واجب ولو ادعاه رجلان ثبت نسبه منهما عندنا وعند الشافعي رحمه الله لا يثبت الا من أحدهما ويتعين بقبول القافة على ما ذكرنا ولو ادعاه أكثر من رجلين فعند أبي حنيفة رحمه الله يثبت نسبه من خمسة وعند أبي يوسف رحمه الله من اثنين وعند محمد رحمه الله من ثلاثة وقدمت المسئلة ولو ادعته امرأتان حجت دعوتها عند أبي حنيفة وعندهما لا تصح وسند كره الحجج من بعد ان شاء الله تعالى هذا اذا لم يكن في يد أحد فان كان وهو اللقيط ثبت نسبه من الملتقط بنفس الدعوة استحسانا والقياس أن لا يثبت الا بالبينة وقد ذكرنا وجههما فيما تقدم وكذا من الخارج صدقه الملتقط في ذلك أولا استحسانا والقياس أن لا يثبت اذا كذبه (وجه) القياس أن هذا اقرار تضمن ابطال يد الملتقط لان يده عليه ناجية حقيقة وشرعا حتى لو أراد غيره أن ينزعه من يده جبر أليحفظه ليس له ذلك والاقرار اذا تضمن ابطال الغير لا يصح وجه الاستحسان ان يد المدعى أفع للصبي من يد الملتقط لانه يقوم بحضنته وتربته ويتشرف بالنسب فكان المدعى به أولى وسواء كان المدعى مسلما أو ذميا استحسانا والقياس أن لا تصح دعوة الذمي (ووجهه) أنالو محض ادعوتهم وأثبتنا نسب الولد منه للزمن استتباعه في دينه وهذا يضر فلا تصح دعوته وجه الاستحسان أنه ادعى أمرين ينفصل أحدهما عن الآخر في الجملة وهو النسب والتبعية في الدين إذ ليس من ضرورة كون الولد منه أن يكون على دينه الا يرى أنه لو أسلمت أمه يحكم بإسلامه وان كان أبوه كافرا فيصدق فيما ينفعه ولا يصدق فيما يضره ويكون مسلما وذكر في النوادر أن من التقت لقيطا فدعاه نصراني فهو ابنه ثم ان كان عليه زى المسلمين فهو مسلم وان كان عليه زى الشرك بان يكون في رقبته صليب ونحو ذلك فهو على دين النصراني هذا اذا أقر الذمي أنه ابنه فان أقام البينة على ذلك فان كان الشهود من أهل الذمة لا تقبل شهادتهم في استتباع الولد في دينه لان هذه شهادة تضمنت ابطال يد المسلم وهو الملتقط فكانت شهادة على المسلم فلا تقبل وان كانوا من المسلمين تقبل ويكون الولد على دينه فراقبين الاقرار وبين البينة وذلك أنه متهم في اقراره ولا تهمة في الشهادة وسواء كان المدعى حرا أو عبدا لانه ادعى شيئين أحدهما يحتمل الفصل على الآخر وهو النسب والرق فيصدق فيما ينفعه ولا يصدق فيما يضره ولو ادعاه الخارج والملتقط معا فملتقط أولى لاستوائهما في الدعوة وشع الصبي فترجح باليد فان سبقت دعوة الملتقط لا تسمع دعوة الخارج لانه ثبت نسبه منه فلا يتصور رتبته من غيره بعد ذلك الا أن يقيم البينة لان الدعوة لا تعارض البينة ولو ادعاه خارجا فان كان

أحدهما مسلماً والآخر ذمياً فالمسلم أولى لأنه يتبعه في الاسلام فكان أنفع للصبي وكذا إذا ادعته مسلمة وذمية  
فالمسلمة أولى ولو شهد للذمي مسلمان والمسلم ذميان فهو للمسلم لأن الحجتين وإن تعارضتا فاسلام المدعى كاف  
للتزجيح ولو كان أحدهما حراً والآخر عبداً فالحر أولى لأنه أنفع للقيط وإن كانا حريين مسلمين فإن ذكر  
أحدهما علامة في بدن اللقيط ولم يذكر الآخر فوافقت دعوته العلامة فصاحبها أولى لرجحان دعواه بالعلامة لأن  
الشرع ورد بالتزجيح بالعلامة في الجملة قال الله تبارك وتعالى في قصة سيدنا يوسف عليه أفضل التحية وشهد  
شاهد من أهلها إن كان قيصه قد من قبل فصدقت وهو الكاذب وإن كان قيصه قد من دبر فكذبت وهو من  
الصادقين فلما رأى قيصه قد من دبر قال إنه من كيد كن كيد كن عظيم جعل قد القيص من خلف دليل مرادتها  
إياه لما أن ذلك علامة جذبها إياه إلى نفسها والقدم من قدام علامة دفعها إياه عن نفسها وكذلك قال أصحابنا في لؤلئى ودباغ  
في حانوت واحد هو في أيديهما فيه لؤلؤ وإهاب فتنازعا أنه فيهما يقضى باللؤلؤ للؤلئى وبالإهاب للدباغ لأن الظاهر  
يشهد باللؤلؤ للؤلئى وبالإهاب للدباغ وكذلك قالوا في الزوجين اختلاف في متاع البيت أن ما يكون للرجل يحمل في يد  
الزوج وما يكون للنساء يحمل في يدها ونحو ذلك من المسائل بناء على ظاهر الحال وغالب الأمر كذا هذا فان ادعى  
أحدهما علامات في هذا اللقيط فوافق البعض وخالف البعض ذكر الكرخي رحمه الله أنه ثبت نسبه منهما لأنه وقع  
التعارض في العلامات فسقط التزجيح بها كان سكت عن ذكر العلامة رأساً وإن لم يذكر أحدهما علامة أصلاً  
ولكن لا أحدهما بينة فإنه يقضى له لأن الدعوة لا تعارض البينة وإن لم يكن لأحدهما بينة ثبت نسبه منهما جميعاً وهذا  
عندنا لا استواءهما في الدعوة وعند الشافعي رحمه الله لا ثبت نسبه إلا من أحدهما ويتعين بقول القافة على  
ما ذكرنا والكلام مع الشافعي رحمه الله تقدم ولو كان المدعى أكثر من رجلين فهو على الخلاف الذي ذكرناه في  
الجارية المشتركة ولو قال أحد المدعين هو أبني وهو غلام فاذا هو جارية لم يصدق لأنه ظهر كذب بيقين ولو قال أحدهما  
هو أبني وقال الآخر هو ابنتي فاذا هو خنثى يحكم بماله فان كان يبول من مبال الرجال فهو ابن مدعى البوة وإن كان  
يبول من مبال النساء فهي ابنة مدعى البنية وإن كان يبول منهما جميعاً يعتبر بالسبق فان استويا في السبق فهو مشكل  
عند أبي حنيفة وعندهما تعتبر كثرة البول فان استويا في ذلك فهو مشكل لأن هذا حكم الخنثى وينبغي أن يثبت نسبه  
منهما جميعاً ولو قال الملتقط هو أبني من زوجتي هذه فصدقته فهو ابنهما حرة كانت أو أمة غير أنها إن كانت حرة  
كان الابن حراً بالاجماع وإن كانت أمة كان ملكاً للمولى الأمة عند أبي يوسف وعند محمد يكون حراً وجه قول  
محمد أن نسبه وإن ثبت من الأمة لكن في جملة تبعها في الرق مضرة بالصبي وفي جملة حرام منفعة له فيتبعها فيما ينفعه  
ولا يتبعها فيما يضره كالذمي إذا ادعى نسب لقيط ثبت نسبه منه لكن لا يتبعه فيما يضره وهو دينه لما قلنا كذا هذا  
وجه قول أبي يوسف أن الأصل أن الولد يتبع الأم في الرق والحرية فكان من ضرورة ثبوت النسب منها أن يكون  
ريقاً والرق وإن كان يضره فهو ضرر يلحقه ضرورة غيره فلا يعتبر ولو ادعته امرأة أنه ابنها وهي حرة أو أمة ذكر في  
الأصل أنها لا تصدق على ذلك حتى تقيم البينة أنها ولدت وإن أقامت امرأة واحدة على الولادة قبلت إذا كانت حرة  
عدلة أطلق الجواب في الأصل ولم يفصل بين ما إذا كان لها زوج أم لا منهم من حمل هذا الجواب على ما إذا كان  
لها زوج لأنه إذا كان لها زوج كان في تصحيح دعوتها حمل النسب على الغير فلا تصحح إلا بالبينة أو بتصديق الزوج  
فما إذا لم يكن لها زوج فلا يتحقق معنى التحميل فيصح من غير بينة ومنهم من حقق جواب الكتاب وأجرى  
رواية الأصل على إطلاقها وفرق بين الرجل والمرأة فقال ثبت نسبه من الرجل بنفس الدعوة ولا يثبت نسبه منها إلا  
بينة ووجه الفرق أن النسب في جانب الرجال ثبت بالقراش وفي جانب النساء يثبت بالولادة ولا يثبت الولادة إلا  
بدليل وأدنى الدلائل عليها شهادة القابلة ولو ادعته امرأة أن ابنها ابنها عند أبي حنيفة وكذا إذا كن خمساً عنده  
وعندهما لا يثبت نسب الولد من المرأتين أصلاً وجه قولهما أن النسب في جانب النساء يثبت بالولادة ولادة ولد

واحد من امرأتين لا يتصور فلا يتصور ثبوت النسب بينهما بخلاف الرجال لان النسب في جانبهم يثبت بالقراش ولا يي حنيفة أن سبب ظهور النسب هو الدعوة وقد وجدت من كل واحدة منهما وما قال ان الحكم في جانبين متعلق بالولادة فنعم لكن في موضع أمكن وهنا لا يمكن فتعلق بالدعوة وقد ادعى جميعا فيثبت نسبه منهما وعلى هذا لو ادعى رجل وامرأتان ثبت نسبه من الكل عنده وعندهما يثبت من الرجل لا غير ولو ادعى رجلان وامرأتان كل رجل يدعى أنه ابنه من هذه المرأة والمرأة صدقته فهو ابن الرجلين والمرأتين عند أبي حنيفة وعندهما ابن الرجلين لا غير وأما ظهور النسب بالينة فنقول والله التوفيق البينة يظهر بها النسب مرة ويأتى كد ظهوره أخرى فكل نسب يجوز ثبوته من المدعى اذا لم يحتمل الظهور بالدعوة أصلا لا بنفسها ولا بقرينة التصديق بان كان فيه حمل النسب على الغير ونحو ذلك يظهر بالينة وكذا ما احتمل الظهور بالدعوة لكن بقرينة التصديق اذا انعدم التصديق وظهر أيضا بالينة وكل نسب يحتمل الظهور بنفس الدعوة يتأكد ظهوره بالينة كما اذا ادعى اللقيط رجل الملتقط أو غيره وثبت نسبه من المدعى ثم ادعى رجل آخر وأقام البينة يقضى له لان النسب وان ظهر بنفس الدعوة لكنه غير مؤكد فاحتمل البطلان بالينة وكذا لو ادعى رجلان معا ثم أقام أحدهما البينة فصاحب البينة أولى لما قلنا واذا تعارضت البيتان في النسب فالأصل فيه ما ذكرنا في تعارض البيتين على الملك أنه ان أمكن ترجيح احدهما على الاخرى يعمل بالراجح وان تعذر الترجيح يعمل بهما الا أن هناك اذا تعذر الترجيح يعمل بكل واحد منهما من وجه بقدر الامكان وهنا يعمل بكل واحد منهما من كل وجه ويثبت النسب من كل واحد من المدعين لا مكان اثبات النسب لولد واحد من اثنين على الكمال واستحالة كون الشيء اثنى واحد مملوكا لثنين على الكمال في زمان واحد اذا عرفنا هذا فنقول جملة الكلام فيه أن تعارض البيتين اما ان يكون بين الخارج وبين ذى اليد واما ان يكون بين الخارجين وبين ذى اليد فان كان بين الخارج وذى اليد فيبينة ذى اليد أولى لانهما استويا في البينة فيرجح صاحب اليد باليد وان كان بين الخارجين وبين ذى اليد فان أمكن ترجيح أحدهما بوجه من الوجوه من الاسلام والحرية والعلامة واليد وقوة القرش وغير ذلك من أسباب الترجيح يعمل بالراجح وان استويا يعمل بهما ويثبت النسب بينهما وعلى هذا اذا ادعى أحدهما أن اللقيط ابنه وادعى الآخر أنه عبده يقضى للذى ادعى أنه ابنه لانه يدعى الحرية والاخر يدعى الرق فيبينة الحرية أقوى وكذلك لو أقام أحدهما البينة انه ابنه من هذه الحرة وأقام الآخر البينة انه ابنه من هذه الامة فهو ابن الحر والحرمة لما قلنا ولو أقام كل واحد منهما البينة انه ابنه من امرأة حرة فهو ابن الرجلين وابن المرأتين على قياس قول أبي حنيفة رحمه الله وعندهما ابن الرجلين لا غير لما مر ولو ادعى رجلان ووقت بينة كل واحد منهما فان استوى الوقتان ثبت النسب بينهما لاستواء البيتين ولو كان وقت احدهما أسبق يحكم سن الصبي فيعمل عليه لانه حكم عدل فان أشكل سنه فعلى قياس قول أبي حنيفة يقضى لاسبقيهما وقتا وعندهما يقضى لهما وجه قولهما أنه اذا أشكل السن سقط اعتبار التاريخ أصلا كأنهما سكنا عنه ولا يي حنيفة رحمه الله انه اذا أشكل السن لم يصلح حكما فبق الحكم للتاريخ فيرجح الاسبق ولو ادعى رجل أن اللقيط ابنه وأقام البينة وادعت المرأة انه ابنها واقامت البينة فهو بينهما لعدم التنافي بين ثبوت نسبه منهما كما اذا ادعى رجلان بل أولى وعلى هذا غلام قد احتلم ادعى على رجل وامرأة انه ابنهما وأقام البينة وادعى رجل آخر وادعى أن الغلام ابنهما وأقام البينة ثبت نسب الغلام من الاب والام الذى ادعى الغلام أنه ابنهما وبطل النسب الذى أنكره الغلام لان البيتين تعارضتا وترجحت بينة الغلام بيده اذ هو في يد نفسه كالخارجين اذا أقاما البينة ولا حدهما يد كان صاحب اليد أولى كذا هنا وكذلك لو كان الغلام نصرانيا فأقام بينة من المسلمين على رجل نصراني وامرأة نصرانية وادعى مسلم ومسلمة فيبينة الغلام أولى ولا ترجح بينة المدعى المسلم لانه لا يدل وان كان مسلما وان كان بينة الغلام من النصراني يقضى بالغلام للمسلم والمسلمة لان شهادة الكافر على المسلم غير مقبولة فالتحقق بالعدم فبقى مجرد الدعوة فلا تعارض البينة ويجوز الغلام على الاسلام غلام في

يدانسان ادعى صاحب اليد أنه ابنه وولده أمته هذه في ملكه وأقام البينة على ذلك وادعى خارج أن الغلام ابنه وولده  
الامة في ملكه وأقام البينة فان كان الغلام صغيرا يتكلم يقضى به لصاحب اليد لا ستواتهما في البينة فيرجع صاحب  
اليدين اليك في التكاح وان كان كبيراً يتكلم فقال أنا ابن الآخر يقضى بالامة والغلام الخارج لان الغلام اذا كان  
كبيراً يتكلم في يد نفسه فالبينة التي يدعيها الغلام أولى وكذلك لو كان الغلام ولد حرة وهما في يد رجل فأقام  
صاحب اليد البينة على انه ولد على فراشه والغلام يتكلم ويدعي ذلك وأقام الخارج البينة على ملكه يقضى بالمرأة  
وبالولد للذي هما في يده لما قلنا وان كان الذي في يده من أهل الذمة والمرأة ذمية وأقام شهودا مسلمين يقضى بالمرأة والولد  
للذي هما في يده لان شهادة المسلمين حجة مطلقة ولو أقام الخارج البينة على انه تزوجها في وقت كذا وأقام الذي في  
يده البينة على وقت دونه يقضى للخارج لانه اذا ثبت سبق أحد النكاحين كان المتأخر منهما فاسداً فالبينة القائمة على  
النكاح الصحيح أقوى فكانت أولى وعلى هذا غلام قد احطم ادعى انه ابن فلان وولده أمته فلانة على فراشه وذلك  
الرجل يقول هو عبدى ولد أمتى التي زوجها عبدى فلانا فولدت هذا الغلام منه والعبدى يدعى ذلك فهو ابن العبد  
لانه تعارض القران في فراش النكاح وفراش الملك وفراش النكاح أقوى لانه لا ينتفى باللعان وفراش الملك ينتفى  
بمجرد النفي فكان فراش النكاح أقوى فكان أولى ولو ادعى الغلام انه ابن العبد من هذه الامة فأقر العبد بذلك  
وقامت عليه البينة وادعى المولى انه ابنه فهو ابن العبد لما قلنا ويعتق لانه ادعى نسبه والاقرار بالنسب يتضمن الاقرار  
بالحرية فان لم يعمل في النسب يعمل في الحرية وكذلك لو مات الرجل وترك مالا فأقام الغلام البينة انه ابن الميت من  
أمته وأقام الآخر البينة انه عبده وولده أمته من زوجها فلان والزواج عبده أيضاً والعبدى يدعى ذلك يقضى له بالنسب  
لانه يدعى فراش النكاح وانه أقوى فان كان العبد ميتاً ثبت نسب الغلام من الحر وورث منه لان بينة الغلام خلت  
عن المعارض لانعدام الدعوة من العبد فيجب العمل بها والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما صفة النسب الثابت فالنسب في جانب النساء اذا ثبت يلزم حتى لا يحتمل النفي أصلاً لانه  
في جانبهن ثبتت بالولادة ولا مرد لها (وأما) في جانب الرجال فتوعان نوع محتمل النفي ونوع لا يحتمله أما ما يحتمل  
النفي فتوعان (نوع) ينتفى بنفس النفي من غير لعان ونوع لا ينتفى بنفس النفي بل بواسطة اللعان (أما الذي)  
ينتفى بنفس النفي فهو نسب ولد أم الولد لان فراش أم الولد ضعيف لانه غير لازم حتى احتمل النقل الى غيره  
بالتزويج فاحتمل الانتفاء بنفس النفي من غير الحاجة الى اللعان (وأما) الذي لا ينتفى بمجرد النفي فهو نسب ولد  
زوجة يجرى بينهما اللعان وهو ان يكون الزوجان حريين مسلمين عاقلين بالغين غير محدودين في القذف على  
ما ذكرنا في كتاب اللعان لان فراش النكاح لازم لا يحتمل النقل فكان قوياً فلا يحتمل الانتفاء بنفس النفي ما لم ينضم  
اليه اللعان ولهذا اذا كان العلوق بنكاح فاسداً أو شبهة نكاح لا ينتفى نسب الولد بالنفي لان الانتفاء بواسطة اللعان  
ولا لعان في النكاح الفاسد لانعدام الزوجة حقيقة لما علم في كتاب اللعان والله تعالى أعلم (وأما الذي) لا يحتمل  
النفي فهو نسب ولد زوجة لا يجرى بينهما اللعان فاذا كان الزوجان من لعان بينهما لا ينتفى نسب الولد بالنفي  
وكذا النسب بعد الاقرار به لا يحتمل النفي لان النفي يكون انكاراً بعد الاقرار فلا يسمع الا ان الاقرار نوعان نص  
ودلالة لما ذكرنا في كتاب اللعان

﴿فصل﴾ وأما حكم تعارض الدعوتين لا غير أما حكمه في النسب فقد مر ذكره في أثناء مسائل النسب وأما حكمه  
في الملك فالكلام فيه في موضعين (أحدهما) في حكم تعارض الدعوتين في أصل الملك والثاني في قدر الملك أما الاول  
فسبيل تعارض الدعوتين في أصل الملك ما هو سبيل تعارض البينتين فيه من طلب الترجيح والعمل بالراجح عند  
الامكان وعند تعذر العمل بهما بقدر الامكان تصحيحاً للدعوتين بالقدر الممكن وبيان ذلك في مسائل رجلان  
ادعى اداة أحدهما راكبا والاخر متعلقاً بلجامها فهى للراكب لانه مستعمل للداة فكانت في يده (وكذلك) اذا

كان لا أحدهما عليه حل ولا آخر عليه كور معلق أو مختلطة معقصة فصاحب الحمل أولى لما قلنا ولو كانا جميعاً راكبين  
 لكن أحدهما في السرج والآخر رديفه فهي لهما في ظاهر الرواية (وروى) عن أبي يوسف رحمه الله أنه راكب  
 السرج لقوة يده (وجه) ظاهر الرواية أنهما جميعاً استويا في أصل الاستعمال فكانت الدابة في أيديهما فكانت  
 لهما ولو كانا جميعاً راكبين في السرج فهي لهما إجماعاً لا استواءهما في الاستعمال ولو ادعى عبد أصغر ألا يعبر  
 عن نفسه وهو في أيديهما فهو بينهما لأنه إذا كان لا يعبر عن نفسه كان بمنزلة العروض والبهايم فبقى اليد عليه ألا ترى أنه  
 لو ادعى صبيلاً أصغراً مجهول النسب في يده أنه عبده ثم كبر الصبي فادعى الحرية فالقول قول صاحب اليد ولا تسمع  
 دعوى الحرية إلا بينة لأنه كان في يده وقت الدعوة فلا تزول يده عنه إلا بدليل (ومثله) لو ادعى غلاماً كبيراً أنه  
 عبده وقال الغلام أنا حر فالقول قول الغلام لأنه ادعاه في حال هو في يده نفسه فكان القول قوله ولو ادعى عبداً  
 كبيراً فقال العبد أنا عبد لا أحدهما فهو بينهما ولا يصدق العبد في ذلك وكذا إذا كان العبد في يد رجل فآثره لرجل  
 آخر فالقول قول صاحب اليد ولا يصدق العبد في إقراره أنه لغيره لأن إقراره بالرق إقرار بسقوط يده عن نفسه فكان  
 في يد صاحب اليد فلا يسمع قوله أنه لغيره لأن العبد لا قول له ولو قال كنت عبد فلان فاعتقني وأنا حر فكذلك عند  
 أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وروى عن أبي يوسف أن القول قول العبد ويحكم بحريته لأن العبد متمسك بالأصل إذ  
 الحرية أصل في بني آدم فكان الظاهر شاهد أنه للصحيح جواب ظاهر الرواية لأنه لما أقر أنه كان عبداً فقد أقر بزوال  
 حكم الأصل وثبوت العارض وهو الرق منه فصار الرق فيه هو الأصل فكان الظاهر شاهد أنه ولو ادعى ثوباً  
 وأحدهما إلا به والآخر متعلق بذيله فالأول لا يستعمل للثوب (ولو ادعى) بساطاً وأحدهما جالس  
 عليه والآخر متعلق به فهو بينهما ولا يكون الجالس مجلوسه والنوم عليه أولى لاستواءهما في اليد عليه (ولو ادعى)  
 داراً وأحدهما ساكن فيها فهي للساكن (وكذلك) لو كان أحدهما أحدث فيها شيئاً من بناء أو حفر فهي لصاحب  
 البناء والحفر لأن سكنى الدار وأحداث البناء والحفر تصرف في الدار فكانت في يده ولو لم يكن شيء من ذلك  
 ولكن أحدهما داخل فيها والآخر خارج منها فهي بينهما (وكذا) إذا كانا جميعاً فيها لأن اليد على العقار لا تثبت  
 بالكون فيه وإنما تثبت بالتصرف فيه ولو وجد خياط يخيطن ثوباً في دار إنسان فاختلفا في الثوب فالقول لصاحب  
 الدار لأن الثوب وإن كان في يد الخياط صورة فهو في يد صاحب الدار معنى لأن الخياط وما في يده في داره والدار في يده  
 فما فيها يكون في يده (حال) خرج من دار رجل وعلى عاتقه متاع فإن كان ذلك الحامل يعرف ببيع ذلك وحمله  
 فهو له لأن الظاهر شاهد له وإن كان يعرف بذلك فهو لصاحب الدار لأن الظاهر شاهد له (وكذلك) حمال عليه كارة  
 وهو في دار بزاز اختلفا في الكارة فإن كانت الكارة مما يحمل فيها فالقول قول الحمال لأن الظاهر شاهد له وإن كانت مما  
 لا يحمل فيها فالقول قول صاحب الدار لأن الظاهر شاهد له رجل اصطاد طائر في دار رجل فاختلفا فيه فإن اتفقا  
 على أنه على أصل الاباحة لم يستول عليه قط فهو للصائد سواء اصطاده من الهواء أو من الشجر أو الحائط لأنه لا يأخذ  
 دون صاحب الدار إذا الصيد لا يصير مأخوذاً بكونه على حائط أو شجرة وقد قال عليه الصلاة والسلام الصيد  
 لمن أخذه وإن اختلفا فقال صاحب الدار اصطدته قبلك أو ورثته وأنكر الضائد فإنه ينظر إن أخذه من الهواء  
 فهو له لأنه لا يأخذ إلا باليد لا أحد على الهواء وإن أخذه من جداره أو شجره فهو لصاحب الدار لأن الجدار  
 والشجر في يده وكذلك إن اختلفا في أخذه من الهواء أو من الجدار فالقول قول صاحب الدار لأن الأصل أن  
 ما في دار إنسان يكون في يده هكذا روى عن أبي يوسف مسألة للصيد على هذا الفصل ولو ادعى وأحدهما  
 ساكن فيها فهي للساكن فيها وكذلك لو كان أحدث فيها شيئاً من بناء أو حفر فهي لصاحب البناء والحفر لأن  
 سكنى الدار وأحداث البناء والحفر تصرف في الدار فكانت في يده ولو لم يكن شيء من ذلك ولكن أحدهما  
 داخل فيها والآخر خارج منها فهي بينهما وكذلك لو كانا جميعاً فيها لأن اليد على العقار لا تثبت بالكون فيها وإنما

تثبت بالتصرف فيها ولم يوجد ولو ادعى حائطاً من دارين ولا أحدهما عليه جذوع فهو لأنه مستعمل للحائط ولو كان لكل واحد منهما جذوع فان كانت ثلاثة أو أكثر فهي بينهما نصفان سواء استوت جذوع كل واحد منهما أو كانت لأحدهما أكثر بعد أن كان لكل واحد منهما ثلاثة جذوع لأنهما استويا في استعمال الحائط فاستويا في ثبوت اليد عليه ولو أراد صاحب البيت أن يتبرع على الآخر بما زاد على الثلاثة ليس له ذلك لكن يقال له زد أنت أيضاً إلى تمام عدد خشب صاحبك أن أطلق الحائط حملها والا فليس لك الزيادة ولا النزع ولو كان لأحدهما ثلاثة جذوع وللآخر جذع أو جذعان فالقياس أن يكون الحائط بينهما نصفين وفي الاستحسان لا يكون (وجهه) القياس أن زيادة الاستعمال بكثرة الجذوع زيادة من جنس الحجة والزيادة من جنس الحجة لا يقع بها الترجيح ألا ترى أنه لو كان لأحدهما ثلاثة وللآخر أربعة كان الحائط بينهما نصفين وإن كان استعمال أحدهما أكثر دل أن المعتبر أصل الاستعمال لا قدره وقد استويا فيه (وجهه) الاستحسان أن يقال نعم لكن أصل الاستعمال لا يحصل بمادون الثلاثة لأن الجدار لا يبنى له عادة وإنما يبنى لاكثر من ذلك إلا أن الأكثر مما لا نهاية له والثلاثة أقل الجمع الصحيح فقيده فكان ما وراء موضع الجذوع لصاحب الكثير وأما موضع الجذع الواحد فكذلك على رواية كتاب الاقرار وإنما لصاحب القليل حق وضع الجذع لا أصل الملك وعلى رواية كتاب الدعوى له موضع الجذع من الحائط وما وراءه لصاحب الكثير (وجهه) هذه الرواية أن صاحب القليل مستعمل لذلك القدر حقيقة فكان ذلك القدر في يده فيملكه (جه) رواية الاقرار مأمرة أن الاستعمال لا يحصل بالجذع والجذعين لأن الحائط لا يبنى له عادة فلم يكن شيء من الحائط في يده فكان كله في يد صاحب الكثير إلا أنه ليس له دفع الجذوع وإن كان موضع الجذع مملوكاً له لجواز أن يكون أصل الحائط مملوكاً لإنسان ولا آخر عليه حق الوضع بخلاف ما لو أقام البينة أن الحائط له لأن له أن يدفع لأن البينة حجة مطلقة فإذا أقامها تبين أن الوضع من الأصل كان بغير حق ولاية الدفع وليس له ذلك حال عدم البينة لأننا جعلنا الحائط له لظاهر اليد والظاهر يصلح للتقرير لا للتغيير فهو الفرق ولو كان الحائط متصلاً ببناء إحدى الدارين اتصال التراق وارتباط فهو لصاحب الاتصال لأنه كالتعلق به ولو كان لأحدهما اتصال التراق وللآخر جذوع فصاحب الجذوع أولى لأنه مستعمل للحائط ولا استعمال من صاحب الاتصال ولو كان لأحدهما اتصال التراق وارتباط وللآخر اتصال تربيع فصاحب التريع أولى لأن اتصال التريع أقوى من اتصال التراق ولو كان لأحدهما اتصال تربيع وللآخر جذوع فالحائط لصاحب التريع ولصاحب الجذوع حق وضع الجذوع لكن الكلام في صورة التريع فنقول ذكر الطحاوي رحمه الله أن التريع هو أن يكون انصاف البان الحائط مداخلة حائط إحدى الدارين يبنى كذلك كالزج والطاقت فكان بمعنى النتائج فكان صاحب الاتصال أولى وذكر الكرخي رحمه الله أن تفسير التريع أن يكون طرف هذا الحائط المدعى مداخلة حائط إحدى الدارين وهذا التفسير منقول عن أبي يوسف رحمه الله فيصير الحاصل أن المداخلة إذا كانت من جاني الحائط كان صاحب الاتصال أولى بخلاف وإن كانت من جانب واحد فعلى قول الطحاوي رحمه الله صاحب الاتصال أولى وعلى قول الكرخي رحمه الله صاحب الجذوع أولى وجه قول الطحاوي ما ذكرنا أن ذلك بمعنى النتائج حيث حدث من بناءه كذلك فكان هو أولى وجه قول الكرخي أن المداخلة من الجانبين توجب الاتحاد وجعل الكل بناء واحد أفسط حكم الاستعمال لضرورة الاتحاد فلك البعض يوجب ملك الكل ضرورة أنه لا يجبر على الرفع بل يترك على حاله لأن ذلك ليس من ضرورات ملك الأصل بل يحتمل الانفصال عنه في الجلسة ألا ترى أن السقف الذي هو بين بيت العلو وبين بيت السفلى هو ملك صاحب السفلى ولصاحب العلو عليه حق القرا حتى لو أراد صاحب السفلى رفع السقف منع منه شرعاً كذا هذا جاز أن يكون الملك لصاحب الاتصال ولصاحب الجذوع حق وضع الجذع عليه بخلاف ما إذا أقام البينة

انه يجبر على الرفع وقد تقدم وجه الفرق بينهما ثم فرع أبو يوسف على ما روى عنه من تفسير التبرع انه اذا اشترى داراً  
ولرجل آخر دار بجنب تلك الدار و بينهما حائط وأقام الرجل البيعة انه لا يبيع الدار المشتري ان يرجع على البائع بحصته من  
الثمن ان كان متصلاً ببناء حائط المدعى ليس له ان يرجع على البائع لانه اذا كان متصلاً ببنائه لم يتناول البيع فلم يكن مبيعاً  
فلا يكون للمشتري حق الرجوع وان لم يكن متصلاً ببناء المدعى وهو متصل ببناء الدار المبيعة فللمشتري ان يرجع على  
البائع بحصة الحائط من الثمن لانه اذا كان متصلاً بحائط الدار المبيعة تناوله البيع فكان مبيعاً فيثبت الرجوع عند  
الاستحقاق وان كان متصلاً بحائط الدار المبيعة وللاخر عليه جذوع لا يرجع وهذا يؤيد رواية الكرخي ان  
صاحب الجذوع اولى من صاحب الاتصال اذا كان من جانب واحد ولو كان اتصالاً ببيع واستحق المشتري  
الرجوع على البائع لا تنزع الجذوع بل تترك على حالها ما ذكرنا ولو كان لا حدهما عليه سترة أو بناء وصاحبه مقر بان  
السترة والبناء له فالخائط لصاحب السترة لانه مستعمل الخائط بالسترة فكان في يده ولو لم يكن عليه سترة ولكن لا حدهما  
عليه مرادى هو القصب الموضوع على رأس الجدار فهو بينهما ولا يستحق بالمرادى والبوادي شيئاً لان وضع  
المرادى على الخائط ليس بامر مقصود لان الخائط لا يبنى له فكان لاحقاً بالعدم فلا يتعلق به الاستحقاق ولو كان وجه  
الخائط الى أحدهما وظهره الى الآخر وكان انصاف اللبن أو الطاقات الى أحدهما فلا حكم لشيء من ذلك عند أبي  
حنيفة رحمه الله والخائط بينهما وعندهما الخائط لمن اليه وجه البناء وانصاف اللبن والطاقات وهذا اذا جعل الوجه  
وقت البناء حين ما بنى فاما اذا جعل بعد البناء بالنقش والتطين فلا عبرة بذلك اجماعاً وعلى هذا الخلاف اذا ادعى باً  
مغلقاً على حائط بين دارين والغلق الى أحدهما فالباب لهما عنده وعندهما لمن اليه الغلق ولو كان للباب غلقان من  
الجانبين فهو لهما اجماعاً وعلى هذا الخلاف خص بين دارين أو بين كرمين والقمط الى أحدهما فالخص بينهما عند  
أبي حنيفة رحمه الله ولا ينظر الى القمط وعندهما الخص لمن اليه القمط وجه قولهما في هذه المسائل اعتبار العرف  
والعادة فان الناس في العادات يجعلون وجه البناء وانصاف اللبن والطاقات والغلق والقمط الى صاحب الدار فيعدل  
على انه بناءه فكان في يده ولا يبي حنيفة رحمه الله ان هذا دليل اليد في الماضي لا وقت الدعوة واليد في الماضي لا تدل على  
اليد وقت الدعوة والحاجة في اثبات اليد وقت الدعوة ثم في كل موضع قضى بالملك لا حدهما لكون المدعى في يده نجب  
عليه الممين لصاحبه اذا طلب فان حلف برى وان نكل يقضى عليه بالنكول وعلى هذا اذا اختلفا في المرور في دار  
ولا حدهما باب من داره الى تلك الدار فلصاحب الدار منع صاحب الباب عن المرور فيها حتى يقيم البيعة ان له في داره  
طريقاً ولا يستحق صاحب الباب بالباب شيئاً لان فتح الباب الى دار غيره قد يكون بحق لا زماً وقد يكون بغير حق  
أصلاً وقد يكون بحق غير لازم وهو الاباحة فلا يصلح دليلاً على حق المرور في الدار مع الاحتمال وكذا لو شهد الشهود  
ان صاحب الدار كان يمر فيها لم يستحق بهذه الشهادة شيئاً لاحتمال أن مروره فيها كان غصباً أو اباحة ولئن دلت على انه  
كان لحق المرور ولكن في الزمان الماضي لان الشهادة قامت عليه فلا يثبت بها الحق للحال ولو شهدوا انه فيها طريقاً  
فان حدوا الطريق فسموا طوله وعرضه قبلت شهادتهم وكذلك اذا لم يحدوه كذا ذكر في الكتاب ومن أصحابنا رحمهم  
الله من حمل المسئلة على ما اذا شهدوا على اقرار صاحب الدار بالطريق لان المشهود به مجهول وجهالة المشهود به تمنع  
 صحة الشهادة اما جهالة المقر به فلا تمنع صحة الاقرار ومنهم من أجرى جواب الكتاب على اطلاقه لان الطريق طولاً  
معلوم وعرضه مقدار عرض الباب في متعارف الناس وعاداتهم فكانت هذه شهادة بمعلوم فتقبل وكذلك لو شهدوا ان  
أباه مات وترك طريقاً في هذه الدار فهو على ما ذكرنا وعلى هذا اذا كان لرجل ميزاب في دار رجل فاختلفا في مسيل  
الماء فلصاحب الدار ان يمنع عن التسييل حتى يقيم البيعة ان له في هذه الدار مسيل ماء ولا يستحق صاحب الميزاب  
بنفس الميزاب شيئاً ما ذكرنا وذكر الفقيه أبو الليث رحمه الله ان الميزاب اذا كان قديماً فله حق التسييل وذكر محمد في  
كتاب الشرب في نهري أرض رجل يسيل فيه الماء فاختلفا في ذلك فالقول قول صاحب الماء لانه اذا كان يسيل



فيه الماء كان النهر مشغولا بالماء فكان النهر مستعملا به فكان في يده بخلاف الميزاب فان موضوع المسئلة فيما اذا لم يكن في الميزاب ماء عند الاختلاف حتى لو كان فيه ماء كان حكمه حكم النهر والله سبحانه وتعالى أعلم ولوشهدوا انهم رأوا الماء يسيل في الميزاب فليست هذه الشهادة بشئ لان التسييل قد يكون بغير حق وكذا الشهادة ما قامت بحق كائن على ما مر ولوشهدوا ان له حق في الدار من حيث التسييل فان بينوا انه لماء المطر فهو لماء المطر وان بينوا انه مسيل ماء دائم للغسل والوضوء فهو كذلك وان لم بينوا تقبل شهادتهم أيضا ويكون القول قول صاحب الدار مع يمينه انه للغسل والوضوء أو لماء المطر لان أصل الحق ثبت بشهادة الشهود وبقيت الصفة مجهولة فيبين ببيان صاحب الدار لكن مع اليمين وان لم يكن للمدعي بينة أصلا يستحلف صاحب الدار على ذلك فان حلف برى وان نكل يقضى بالنكول كما في باب الاموال وعلى هذا يخرج اختلاف الزوجين في متاع البيت ولا بينة لاحدهما على ما ذكرنا في كتاب النكاح والله تعالى أعلم

**فصل** وأما حكم تعارض الدعوتين في قدر الملك فهو كاختلاف المتبايعين في قدر الثمن أو المبيع فنقول جملة الكلام فيه ان المتبايعين اذا اختلفا فلا يخلو اما ان اختلفا في الثمن واما ان اختلفا في المبيع فان اختلفا في الثمن فلا يخلو اما ان اختلفا في قدر الثمن واما ان اختلفا في جنسه واما ان اختلفا في وقته وهو الاجل فان اختلفا في قدره بان قال البائع بعت منك هذا العبد بالن درهم وقال المشتري اشتريت بالف فهذا لا يخلو اما ان كانت السلعة قائمة واما ان كانت هالكة فان كانت قائمة فاما ان كانت قائمة على حالها لم تتغير واما ان تغيرت الى الزيادة أو الى النقصان فان كانت قائمة على حالها لم تتغير تحالفا وتراداسواء كان قبل القبض أو بعده اما قبل القبض فلان كل واحد منهما مدعى ومدعى عليه من وجه لان البائع يدعى على المشتري زيادة ثمن وهو ينكر والمشتري يدعى على البائع تسليم المبيع اليه عند أداء الف وهو ينكر فيتحالفان لقوله عليه الصلاة والسلام واليمين على من أنكر وأما بعد القبض فكان ينبغي ان لا يحلف البائع ويكون القول قول المشتري مع يمينه لان المشتري لا يدعى على البائع شيئا لسلامة المبيع له والبائع يدعى على المشتري زيادة ثمن وهو ينكر فكان القول قوله مع يمينه الا اناعره التحالف وهو الحلف من الجانبين بنص خاص وهو قوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا وبدا يمين المشتري في ظاهر الرواية وهو قول محمد وأبي يوسف الآخر وفي قوله الاول يبدأ يمين البائع ويقال انه قول أبي حنيفة رحمه الله والصحيح جواب ظاهر الرواية لان اليمين وظيفة المنكر والمشتري أشد انكارا من البائع لانه منكر في الحالين جميعا قبل القبض وبعده والبائع بعد القبض ليس بمنكر لان المشتري لا يدعى عليه شيئا فكان أشد انكارا منه وقبل القبض ان كان منكرا لكن المشتري أسبق انكارا منه لانه يطالب أولا بتسليم الثمن حتى يصير عينا وهو ينكر فكان أسبق انكارا من البائع فيبدأ يمينه فان نكل لزمه دعوى البائع لان النكول بذل أو اقرار وان حلف يحلف البائع ثم اذا تحالفا هل ينفسخ البيع بنفس التحالف أو يحتاج فيه الى فسخ القاضي اختلف المشايخ رحمهم الله فيه قال بعضهم ينفسخ بنفس التحالف لانهما اذا تحالفا لم يكن في بقاء العقد فائدة فينفسخ وقال بعضهم لا ينفسخ الا بفسخ القاضي عند طلبهما أو طلب أحدهما وهو الصحيح حتى لو أراد أحدهما مضاء البيع بما يقوله صاحبه فله ذلك من غير تجديد العقد لان احتمال الفائدة ثابت لاحتمال التصديق من أحدهما لصاحبه والعقد المنعقد قد يبقى لفائدة محتملة الوجود والعدم لانه انعقد بيقين فلا يزول لاحتمال عدم الفائدة على الأصل المعهود في الثابت بيقين لانه لا يزول بالاحتمال فلا ينفسخ الا بفسخ القاضي وله ان يفسخ لانعدام الفائدة للحال ولان المنازعة لا تندفع الا بفسخ القاضي لانهما لما تحالفا صار الثمن مجهولا فيتنازعا فلا بد من قطع المنازعة ولا تنقطع الا بالقضاء بالفسخ هذا اذا كانت السلعة قائمة بعينها من غير تغير فاذا كانت تغيرت ثم اختلفا في قدر الثمن فلا يخلو اما ان تغيرت الى الزيادة واما ان تغيرت الى النقصان فان كان التغير الى الزيادة فان كانت الزيادة متصلة متولدة من الأصل كالسمن والجمال منعت التحالف عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وعند محمد رحمه

الله لا يمنع ويرد المشتري العين بناء على ان هذه الزيادة تمنع القسح عندهما في عقود المعاوضات فتمنع التحالف وعنده لا تمنع القسح فلا تمنع التحالف وان كانت الزيادة متصلة غير متولدة من الاصل كالصبر في الثوب والبناء والعرس في الارض فكذلك تمنع التحالف عندهما وعنده لا تمنع ويرد المشتري القيمة لمن هما عنده لان هذا النوع من الزيادة بمنزلة الهلاك وهلاك السلعة يمنع التحالف عندهما وعنده لا يمنع ويرد المشتري الزيادة وان كانت الزيادة منفصلة متولدة من الاصل كالولد والارث والعرفه على هذا الاختلاف وان كانت الزيادة متصلة غير متولدة من الاصل كالوهوب في المكسوب لا تمنع التحالف اجماعاً فيتحالفان ويرد المشتري العين لان هذه الزيادة لا تمنع القسح في عقود المعاوضات فلا تمنع التحالف وكذا هي ليست في معنى هلاك العين فلا تمنع التحالف واذا تحالفوا فإرد المشتري المبيع دون الزيادة وكانت الزيادة له لانها حدثت على ملكه وتطيب له لعدم تمكن الحث فيها هذا اذا تغيرت السلعة الى الزيادة فاما اذا تغيرت الى النقصان فيرد المشتري فند كركمه ان شاء الله تعالى هذا اذا كانت السلعة قائمة فاما اذا كانت هالكة فلا يتحالفان عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله والقول قول المشتري مع يمينه في مقدار الثمن فان حلف لزمه ما أقر به وان نكل لزمه دعوى صاحبه وعند محمد رحمه الله يتحالفان ويرد المشتري القيمة فان اختلفا في مقدار القيمة على قوله كان القول قول المشتري مع يمينه في مقدار القيمة ولقب المسئلة ان هلاك السلعة هل يمنع التحالف عندهما منع وعنده لا يمنع واحتج بقوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا أثبت عليه الصلاة والسلام التحالف مطلقاً عن شرط قيام السلعة أو لا يقال ورد هنا نص خاص بمقيد بحال قيام السلعة وهو قوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا لان المذهب عندنا ان المطلق لا يحمل على المقيد ما في الحمل من ضرب النصوص بعضها في بعض بل يجري المطلق على اطلاقه والمقيد على تقييده فكان جريان التحالف حال قيام السلعة ثابتاً بنصين وحال هلاكها ثابتاً بنص واحد وهو النص المطلق ولا تنافي بينهما فيجب العمل بهما جميعاً ولهما الحديث المشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام واليمين على من أنكر فبقى التحالف وهو الحلف من الجانبين بعد قبض المعقود عليه لانه عليه الصلاة والسلام أو جب جنس اليمين على جنس المنكرين فلو وجبت يمين لا على منكر لم يكن جنس اليمين على جنس المنكرين وهذا خلاف النص والمنكر بعد قبض المعقود عليه هو المشتري لان البائع يدعي عليه زيادة ثمن وهو ينكر فاما الانكار من قبل البائع فلان المشتري لا يدعي عليه شيئاً فكان ينبغي ان لا يجب التحالف حال قيام السلعة أيضاً الا ان اعرنا ذلك بنص خاص بمقيد وهو قوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادوا وهذا القيد ثابت في النص الاخر أيضاً دلالة لانه قال عليه الصلاة والسلام وترادوا والتراد لا يكون الا حال قيام السلعة فبقى التحالف حال هلاك السلعة ثبتاً بالخبر المشهور ويستوى هلاك كل السلعة وبعضها في المنع من التحالف أصلاً عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف هلاك السلعة يمنع التحالف في قدر الهالك لا غير وعند محمد لا يمنع أصلاً حتى لو اشترى عبد بن فقهضهما ثم هلك أحدهما ثم اختلفا في مقدار الثمن فالقول قول المشتري عند أبي حنيفة ولا يتحالفان الا ان رضی البائع ان يأخذ القائم ولا يأخذ من ثمن الهالك شيئاً حينئذ يتحالفان وعند أبي يوسف لا يتحالفان على الهالك والقول قول المشتري في حصة الهالك ويتحالفان على القائم ويترادان وعند محمد يتحالفان عليهما ويرد قيمة الهالك اما محمد رحمه الله فقد مر على أصله لان هلاك كل السلعة عنده لا يمنع التحالف فهلاك البعض أولى وكذلك لا يبي يوسف لان المانع من التحالف هو الهلاك فيتقدر المنع بقدره تقدير الحكم بقدر العلة ولا يبي حنيفة ان الحديث ينفي التحالف بعد قبض السلعة لما ذكرنا الا ان اعرنا ذلك بنص خاص والنص ورد في حال قيام كل السلعة فبقى التحالف حال هلاك بعضها منقياً بالحديث المشهور ولان قدر الثمن الذي يقابل القائم مجهول لا يعرف الا بالحرز والظن فلا يجوز التحالف عليه الا اذا شاء البائع ان يأخذ الحلي ولا يأخذ من ثمن الهالك شيئاً حينئذ يتحالفان لانه رضي ان يكون الثمن كله بمقتضى القائم فيخرج الهالك

عن العقد كانه ما وقع العقد عليه وانما وقع على القيام فيتحالفان عليه وسواء كان هلاك المبيع حقيقة أو حكماً بان خرج  
عن ملك المشتري بسبب من الاسباب لان الهالك حكماً يلحق بالهالك حقيقة وقدر الاختلاف فيه وسواء خرج  
كله أو بعضه عند أبي حنيفة وأبي يوسف فخرج البعض في المنع من التحالف بمنزلة خروج الكل عندهما لان  
التحالف هنا يؤدي الى تفريق الصفقة على البائع وهذا لا يجوز الا ان يرضى البائع ان يأخذ القائم وحصة الخارج  
من الثمن بقول المشتري فينثذ التحالفان على القائم ويرد المشتري ما بقي في ملكه وعليه حصة الخارج بقوله وهذا عند  
أبي يوسف فاما عند أبي حنيفة فلا يتحالفان في الاحوال كلها واما عند محمد فيتحالفان لان الحقيق لا يمنع التحالف  
عنده فالحكمي أولى ثم هلاك الكل بان خرج كله عن ملكه لا يمنع التحالف فهلاك البعض أولى واذا تحالفا عنده  
فان هلك كل المبيع بان خرج كله عن ملكه يرده المشتري القيمة ان لم يكن مثلياً والمثل ان كان مثلياً وان هلك بعضه  
بان خرج البعض عن ملكه دون البعض ينظر ان كان المبيع مما في تبعيضه ضرراً وفي تشقيصه عيب فالبايع بعد  
التحالف بالخيار ان شاء أخذ الباقي وقيمة الهالك وان شاء ترك الباقي وأخذ قيمة الكل وان كان المبيع مما لا ضرر في  
تبعيضه ولا عيب في تشقيصه فللبائع ان يأخذ الباقي ومثل القائمتان كان مثلياً وقيمتها ان لم يكن مثلياً ولو خرجت  
السلعة عن ملك المشتري ثم عادت اليه ثم اختلفا في مقدار الثمن نظرياً في ذلك ان كان العود فسحاً بان وجده عيباً فرده  
بقضاء القاضى يتحالفان ويرد العين لان التسخير رفع من الاصل فجعل كانه لم يكن واذا لم يكن العود فسحاً بان كان ملكاً  
جديداً لا يتحالفان عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله لان العود اذا لم يكن فسحاً لا يبين ان الهلاك لم يكن والهالك  
يمنع التحالف عندهما وعند محمد يتحالفان ويرد المشتري القيمة لالعين وكذلك لو لم يخرج المبيع عن ملكه لكنه  
صار بحال يمنع الرد بالعيب اما بالزيادة واما بالنقصان اما حكم الزيادة فقد مر تفصيل الكلام فيه واما حكم النقصان  
فيخرج على هذا الاصل لان النقصان من باب الهلاك فنقول اذا انتقص المبيع في يد المشتري ثم اختلفا في مقدار الثمن  
لم يتحالفا عندهما سواء كان النقصان بأفقه سائمة أو بفعل المبيع أو بفعل المشتري أو بفعل الاجنبي أو بفعل البائع  
لان نقصان المبيع هلاك جزء منه وهلاك الجزء في المنع من التحالف كهلاك الكل على أصل أبي حنيفة رضي الله  
عنه فلا يتحالفان والقول قول المشتري الا اذا كان النقصان بأفقه سائمة أو بفعل المبيع أو بفعل المشتري ورضى  
البائع ان يأخذ المبيع ناقصاً ولا يأخذ لاجل النقصان شيئاً فينثذ التحالفان ويترادان وعند محمد يتحالفان ثم البائع  
بعد التحالف بالخيار ان شاء أخذ المبيع ناقصاً ولا يأخذ لاجل النقصان شيئاً وان شاء تركه وأخذ القيمة وقال بعضهم  
على قول محمد ان اختار أخذ العين يأخذ معها النقصان كالمقبوض بالبيع الفاسد وان كان النقصان بفعل الاجنبي أو  
بفعل البائع يتحالفان ويرد المشتري القيمة عنده وعندهما لا يتحالفان والقول قول المشتري مع يمينه هذا اذا اختلفا  
في قدر الثمن فاما اذا اختلفا في جنسه بان قال أحدهما الثمن عين وقال الآخر هودين فان كان مدعى العين هو البائع بان  
قال للمشتري بعت منك جارية بعتك بعدك هذا وقال المشتري للبائع اشتريته منك بالف درهم فان كانت الجارية قائمة  
تحالفا وترادا لقوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة تحالفا وتراد من غير فصل بين ما اذا كان  
الاختلاف في قدر الثمن أو في جنسه وان كانت هالكة عند المشتري لا يتحالفان عند أبي حنيفة وأبي يوسف والقول  
قول المشتري في الثمن مع يمينه وعند محمد يتحالفان وهي مسألة هلاك السلعة وقد مر وان كان مدعى العين هو المشتري  
بان قال اشتريت جاريته بعتك بعدك هذا وقال البائع بعتها منك بالف درهم أو بمائة دينار فان كانت الجارية قائمة  
يتحالفان بالنص وان كانت هالكة يتحالفان أيضاً اجماعاً ويرد المشتري القيمة اما على أصل محمد فظاهر لان هلاك  
السلعة عنده لا يمنع التحالف واما على أصلهما فلا وجوب اليمين على المشتري ظاهر أيضاً لان البائع يدعى عليه  
ثمن الجارية الف درهم وهو ينكر واما وجوب اليمين على البائع فلا المشتري يدعى عليه الزام العين وهو ينكر فكان  
كل واحد منهما مدعياً من وجه منكر آمن وجه فيتحالفان ولو كان البائع يدعى عيناً والبعض ديناً والمشتري يدعى

الكل ديناً بأن قال البائع بعث منك جاريتي بعبدك هذا وبالف درهم وقال المشتري اشتريت جاريتك بالف درهم فان كان المبيع وهو الجارية قائماً تحالفاً بالنص وان كان هالكاً فبوعلى الاختلاف ولو كان الامر على العكس من ذلك كان يدعى البعض عينا والبعض ديناً والبائع يدعى الكل ديناً بأن قال المشتري اشتريت منك جاريتك بعبدى هذا وبالف درهم وقيمة العبد خمسمائة وقال البائع بعثك جاريتي هذه بالف درهم فان كانت الجارية قائمة تحالفاً وتراد بالنص وان كانت هالكة يتحالفان أيضاً أجماعاً الا ان عندهما تقسم الجارية على قيمة العبد وعلى الف درهم فما كان بازاء العين وهو العبد وذلك ثلث الجارية يرد المشتري القيمة وما كان بازاء الدين وهو الف وذلك ثلثا الجارية يرد الف درهم ولا يرد القيمة وانما كان كذلك لان المشتري لو كان يدعى كل الثمن عينا كانا يتحالفان ويرد المشتري القيمة على ما ذكرنا ولو كان كل الثمن ديناً لكان القول قوله ولا يتحالفان على ما مر فاذا كان يدعى بعض الثمن عينا وبعضه ديناً يرد القيمة بازاء العين فالقول قوله بازاء الدين اعتباراً للبعض بالكل وعند محمد يتحالفان ويرد المشتري جميع الثمن هذا اذا اختلفا في جنس الثمن فاما اذا اختلفا في وقته وهو الاجل مع اتفاقهما على قدره وجنسه فنقول هذا لا يخلو من أربعة أوجه اما ان اختلفا في اصل الاجل واما ان اختلفا في قدره واما ان اختلفا في مضيه واما ان اختلفا في قدره ومضيه جميعاً فان اختلفا في أصله لا يتحالفان والقول قول البائع مع يمينه لان الاجل أمر يستفاد من قبله وهو منكر لوجوده ولان الاصل في الثمن هو الحلول والتأجيل عارض فكان القول قول من يدعى الاصل وان اختلفا في قدره فالقول قوله أيضاً لما قلنا وان اختلفا في مضيه مع اتفاقهما على أصله وقدره فالقول قول المشتري انه لم يمض لان الاجل صار حقاله بتصادقهما فكان القول فيه قوله وان اختلفا في القدر والمضى جميعاً فقال البائع الاجل شهر وقدمضى وقال المشتري شهران ولم يمضيا فالقول قول البائع في القدر والقول قول المشتري في المضى فيجعل الاجل شهر لم يمض لان الظاهر يشهد للبائع في القدر وللمشتري في المضى على ما مر هذا اذا هلك المبيع كله أو بعضه حقيقة أو حكماً فاما اذا هلك العاقدان أو أحدهما والمبيع قائم فاختلف ورثتهما أو احدى منهما وورثة الميت فان كانت السلعة غير مقبوضة تحالفاً وتراد لان للقبض شبهة بالعقد فكان قبض المعقود عليه من الوارث بمنزلة ابتداء العقد منه فيجوز بينهما التحالف الا أن الوارث يخلف على العلم لا على البتات لانه يخلف على فعل الغير ولا علم له به وان كانت السلعة مقبوضة فلا تحالف عندهما والقول قول المشتري أو ورثته بعد موته وعند محمد يتحالفان والاصل ان هلاك العاقد بعد قبض المعقود عليه كهلاك المعقود عليه وهلاك المعقود عليه يمنع التحالف عندهما فكذا هلاك العاقد وعند محمد ذلك لا يمنع من التحالف كذا هذا والصحيح قولهما لان الخبر المشهور يمنع من التحالف لكن عاقر فناه بنص خاص حال قيام العاقدين لانه يوجب تحالف المتبايعين والمتبايع من وجد منه فعل البيع ولم يوجد من الوارث حقيقة فبقي التحالف بعدهما كما هو هلاك أحدهما منفي بالخبر المشهور هذا اذا اختلفا في الثمن أما اذا اختلفا في المبيع فنقول لا يخلو المبيع من أن يكون عينا أو ديناً وهو المسلم فيه فان كان عينا فاختلفا في جنسه أو في قدره بأن قال البائع بعث منك هذا العبد بالف درهم وقال المشتري اشتريت منك هذه الجارية بالف درهم أو قال البائع بعث منك هذا العبد بالف درهم وقال المشتري اشتريت منك هذا العبد مع هذه الجارية بالف درهم تحالفاً وتراد أقوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف المتبايعان تحالفاً وتراد وان كان ديناً وهو المسلم فيه فاختلفا فنقول اختلفا فيهما في الاصل لا يخلو من ثلاثة أوجه (اما) ان اختلفا في المسلم فيه مع اتفاقهما على رأس المال (واما) ان اختلفا في رأس المال مع اتفاقهما في المسلم فيه (واما) ان اختلفا فيهما جميعاً فان اختلفا في المسلم فيه مع اتفاقهما على رأس المال (فاما) ان اختلفا في جنس المسلم فيه (واما) ان اختلفا في قدره (واما) ان اختلفا في صفته (واما) ان اختلفا في مكان ايفائه (واما) ان اختلفا في وقته وهو الاجل فان اختلفا في جنسه أو قدره أو صفته تحالفاً وتراد لان هذا اختلاف في المعقود عليه وانه يوجب التحالف بالنص والذي يبدأ باليمين هو المسلم اليه في قول أبي حنيفة وهو قول أبي يوسف الاول وفي قوله الآخر وهو قول محمد وهرب السلم (وجه)

قولهما أن الابتداء باليمين من المشتري كما في بيع العين ورب السلم هو المشتري فكانت البداية به ولا في حنيفة رحمه الله أن اليمين على المنكر والمنكر هو المسلم اليه ولا انكار مع رب السلم فكان ينبغي أن لا يحلف أصلاً إلا أن التحليف في جانبه ثبت بالنص وقد روى عن أبي يوسف أيضاً أنه قال أيهما بدأ بالدعوى يستحلف الآخر لأنه صار مدعى عليه وهو منكر وقال بعضهم التعمين إلى القاضى يبدأ بأيهما شاء وأن شاء أقرع بينهما فيبدأ بالذى خرجت قرعته ولو اختلفا في مكان إيفاء المسلم فيه فقال رب السلم شرطت عليك الإيفاء في مكان كذا وقال المسلم اليه بل شرطت لك الإيفاء في مكان كذا فالقول قول المسلم اليه ولا يتحالفان عند أبي حنيفة وعندهما يتحالفان بناء على أن مكان العقد لا يتعين مكان الإيفاء عنده حتى كان ترك بيان مكان الإيفاء مفسداً للسلم عنده فلم يدخل مكان الإيفاء في العقد بنفسه بل بالشرط والاختلاف فيما لا يدخل في العقد لا بالشرط لا يوجب التحالف كالأجل وعندهما مكان العقد يتعين مكاناً للإيفاء حتى لا يفسد السلم بترك بيان مكان الإيفاء عندهما فكان المكان داخل في العقد من غير شرط فيوجب التحالف وان اختلفا في وقت السلم فيه وهو الأجل فنقول لا يخلو (أما) ان اختلفا في أصل الأجل (وأما) ان اختلفا في قدره (وأما) ان اختلفا في مضيه (أما) ان اختلفا في قدره ومضيه جميعاً فان اختلفا في أصل الأجل لم يتحالفا عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر تحالفوا وترادوا واحتج باطلاق قوله عليه الصلاة والسلام إذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادوا لان الاختلاف في أصل المسلم فيه كالاختلاف في صفته ألا ترى أنه لا صحة للسلم بدون الأجل كما لا صحة له بدون الوصف فصار الأجل وصفاً للمعقود عليه شرعاً فيوجب التحالف (ولنا) ان الأجل ليس بمعقود عليه والاختلاف فيما ليس بمعقود عليه لا يوجب التحالف بخلاف الاختلاف في الصفة لأن الصفة في الدين معقود عليه كالأجل والاختلاف في الأجل يوجب التحالف فكذلك في الصفة وإذا لم يتحالفوا فان كان مدعى الأجل هو رب السلم فالقول قوله ويجوز السلم لأنه يدعى صحة العقد والمسلم اليه يدعى الفساد والقول قول مدعى الصحة ولأن المسلم اليه متعنت في انكار الأجل لأنه ينفعه والمتعنت لا قول له وإن كان هو المسلم اليه فالقول قوله عند أبي حنيفة ويجوز السلم استحساناً والقياس أن يكون القول قول رب السلم ويفسد السلم وهو قولهما (وجه) القياس ان الأجل أمر يستفاد من قبل رب السلم حقاً عليه شرعاً وأنه منكر ثبوته والقول قول المنكر في الشرع (وجه) الاستحسان ان المسلم اليه يدعى صحة العقد ورب السلم بالانكار يدعى فساداً فكان القول قول من يدعى الصحة لأن الظاهر شاهد له اذ الظاهر من حال المسلم اجتناب المعصية ومباشرة العقد القاسم معصية وإذا كان القول قوله في أصل الأجل كان القول قوله في مقدار الأجل أيضاً وقال بعضهم القول قوله إلى شهر لأنه أدنى الأجل فأما الزيادة على شهر فلا تثبت إلا بالبينة وان اختلفا في قدره لم يتحالفوا عندنا خلافاً لفرق القول قول رب السلم لما ذكرنا ان الأجل أمر يستفاد من قبله فيرجع في بيان القدر اليه وان اختلفا في مضيه فالقول قول المسلم اليه وصورته إذا قال رب السلم كان الأجل شهراً وقدم مضى وقال المسلم اليه كان شهراً ولم يمض وان أخذت السلم الساعة كان القول قول المسلم اليه لانهما لما تصادا على أصل الأجل وقدره فقد صار الأجل حقة للمسلم اليه فكان القول في المضى قوله وان اختلفا في قدره ومضيه جميعاً فالقول قول رب السلم في القدر وقول المسلم اليه في المعنى لأن الظاهر يشهد لرب السلم في القدر وللمسلم اليه في المضى هذا اذا اختلفا في المسلم فيه مع اتفاقهما على رأس المال فأما اذا اختلفا في رأس المال مع اتفاقهما في المسلم فيه تحالفا وترادوا أيضاً سواء اختلفا في جنس رأس المال أو قدره أو صفته لما قلنا في الاختلاف في المسلم فيه إلا أن الذى يبدأ باليمين ههنا هو رب السلم في قولهم جميعاً لأنه المشتري وهو المنكر أيضاً وان اختلفا فيهما جميعاً فكذلك تحالفا وترادوا لانهما اختلفا في المبيع والثمن والاختلاف في أحدهما يوجب التحالف فيقيهما أولى والقاضى يبدأ باليمين بأيهما شاء والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان حكم الملك والحق الثابت في المحل فنقول والله التوفيق لحكم الملك ولاية التصرف للمالك في

المولوك باختياره ليس لاحد ولاية الجبر عليه الا لضرورة ولا لاحد ولاية المنع عنه وان كان يتضرر به الا اذا تعلق به حق الغير فيمنع عن التصرف من غير رضا صاحب الحق وغير المالك لا يكون له التصرف في ملكه من غير اذنه ورضاه الا لضرورة وكذلك حكم الحق الثابت في المحل اذا عرف هذا فنقول للمالك أن يتصرف في ملكه أي تصرف شاء سواء كان تصرفاً يعمد ضرره الى غيره أو لا يعمد فله أن يبني في ملكه مرحاضاً أو حماماً أو رحي أو تنوراً وله أن يعمد في بنائه حداداً أو قصاراً وله أن يحفر في ملكه بئراً أو بالوعة أو ديماساً وان كان يهين من ذلك البناء ويتأذى به جاره وليس لجاره أن يمنعه حتى لو طلب جاره تحويل ذلك لم يحجر عليه لان الملك مطلق للتصرف في الاصل والمنع منه لعارض تعلق حق الغير فاذا لم يوجد التعلق لا يمنع الا أن الامتناع عما يؤذى الجار ديانة واجب للحديث قال عليه الصلاة والسلام المؤمن من أمن جاره بواقفه ولو فعل شيئاً من ذلك حتى وهن البناء وسقط حائط الجار لا يضمن لانه لا يصنع منه في ملك الغير وعلى هذا أسفل رجل وعليه علو غيره انهدم ما لم يحجر صاحب السفلى على بناء السفلى لانه ملكه والا نسا ان لا يحجر على عمارة ملك نفسه ولكن يقال لصاحب العلوان شئت فابن السفلى من مال نفسك وضع عليه علوك ثم امنع صاحب السفلى عن الانتفاع بالسفلى حتى يرد عليك قيمة البناء مبنياً لان البناء وان كان تصرفاً في ملك الغير لكن فيه ضرورة لانه لا يمكنه الانتفاع بملك نفسه الا بالتصرف في ملك غيره فصار مطلقاً له شرعاً وله حق الرجوع بقيمة البناء مبنياً لان البناء ملكه لحصوله باذن الشرع واطلاقه فله أن لا يمكنه من الانتفاع بملكه الا ببدل يعده وهو القيمة وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي ان في ظاهر الرواية يرجع بما أفقته وكذلك ذكر الخصاص انه يرجع بما أفق لانه لم يقدر على الانتفاع بالعلو الا ببناء السفلى ولا ضرر لصاحب السفلى في بنائه بل فيه نفع صار مأذوناً بالانفاق من قبله دلالة فكان له حق الرجوع بما أفق وهذا بخلاف البئر المشترك والدولاب المشترك والحمام المشترك ونحو ذلك اذا اخرجت فامتنع أحدهما عن العمارة انه يحجر الآخر على العمارة لان هناك ضرورة لانه لا يمكن الانتفاع به بواسطة القسمة لانه لا يحتل القسمة والترك لذلك تعطيل الملك وفيه ضرر بهما فكان الذي أبى العمارة تمتعاً محضاً في الامتناع في دفع تعنته بالجبر على العمارة هذا اذا انهدم ما بقسمهما فأما اذا هدم صاحب السفلى سفله حتى انهدم العلو يحجر على اعادته لانه أتلف حق صاحب العلو باتلاف محله ويمكن جبره بالاعادة فتجب عليه اعادته وعلى هذا حائط بين دارين انهدم ولهما عليه جذوع لم يحجر واحد منهما على بناءه لما قلنا ولكن اذا أبى أحدهما البناء يقال للآخر ان شئت فابن من مال نفسك وضع خشبك عليه وامنع صاحبك من الوضع حتى يرد عليك نصف قيمة البناء مبنياً أو نصف ما أفقته على حسب ما ذكرنا في السفلى والعلو وقيل انما يرجع اذا لم يكن موضع الحائط عريضاً ولا يمكن كل واحد منهما أن يبني حائطاً على حدة في نصيبه بعد القسمة (فأما) اذا كان عريضاً يمكن قسمته وأن يبني كل واحد منهما في نصيبه حائطاً يصلح لوضع الجذوع عليه فبناءه كما كان بغير اذن صاحبه لا يكون له حق الرجوع على صاحبه بل يكون متبرعاً لانه بنى ملك غيره بغير اذنه من غير ضرورة فكان متبرعاً فلا يرجع عليه بشئ ولو أراد أحدهما قسمة عريضة الحائط لم تقسم الا عن تراض منهما بالقسمة لان لكل واحد منهما عليه حق وضع الخشب وفي القسمة جبراً ابطال حق الآخر من غير رضاه وهذا لا يجوز ويحتمل أن يقال هذا اذا لم يكن عريضاً فان كان يقسم قسمة جبراً لانه لا يتضمن ابطال حق الغير ولو كانت الجذوع عليه لا أحدهما فطلب أحدهما القسمة وأبى الآخر فان كان الطالب صاحب الجذوع يحجر الآخر على القسمة لانه في الانتفاع تمتعت وانما الحق لصاحب الجذوع وقد رضى بسقوط حقه وان كان الطالب من لا جذع له لا يحجر صاحب الجذوع على القسمة لان فيه ابطال حقه في وضع الجذوع فلا يجوز من غير رضاه ولو هدم الحائط أحدهما يحجر على اعادته لما ذكرنا انه أتلف محل حق أحدهما فيجب جبره على الاعادة وعلى هذا أسفل رجل وعليه علو غيره فأراد صاحب السفلى أن يفتح باباً أو يثبت كوة أو يحفر طاقاً أو يقد وتدا على الحائط أو يتصرف فيه تصرفاً لم يكن قبل ذلك ليس له ذلك من غير رضا صاحب العلو سواء أضر ذلك بالعلو

بأن أوجب وهن الحائط أو لم يضر به عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما له ذلك إن لم يضر بالعلو ولو أراد صاحب السفل أن يحفر في سفله بئر أو بالوعة أو سرداباً فله ذلك من غير رضا صاحب العلو إجماعاً وكذا إيقاد النار للطبخ أو للخبز وصب الماء للغسل أو للوضوء بالاتفاق وعلى هذا الاختلاف لو أراد صاحب العلو أن يحدث على علوه بناء أو يضع جذوعاً لم يكن قبل ذلك أو يشرع فيه باباً أو كنيفاً لم يكن قبله ليس له ذلك عند أبي حنيفة سواء أضر بالسفل أولاً وعندهما له أن يفعل ذلك ما لم يضر بالسفل وله إيقاد النار وصب الماء للوضوء والغسل إجماعاً منهم من قال لا خلاف بينهم في الحقيقة وقولهما تفسير قول أبي حنيفة رحمه الله ومنهم من حقق الخلاف (وجهه) قولهما أن صاحب السفل يتصرف في ملك نفسه فلا يمنع الحق الغير وحق الغير لا يمنع من التصرف لعينه بل لما يتضرر به صاحب الحق ألا ترى أن الإنسان لا يمنع من الاستغلال بمجدار غيره ومن الاصطلاء بنار غيره لا نعدم تضرر المالك والخلاف هنا في تصرف لا يضر بصاحب العلو فلا يمنع عنه ولا في حنيفة رحمه الله أن حرمة التصرف في ملك الغير وحقه لا يقف على الضرر بل هو حرام سواء تضرر به أم لا ألا ترى أن نقل المرأة والمبحار من دار المالك إلى موضع آخر حرام وإن كان لا يتضرر به المالك والدليل عليه أنه يباح التصرف في ملك الغير وحقه برضاه ولو كانت الحرمة لما يلحقه من الضرر لما أبيح لأن الضرر لا ينعدم برضا المالك وصاحب الحق دل أن التصرف في ملك الغير وحقه حرام أضر بالمالك أولاً وهنا حق لصاحب العلو متعلق بالسفل فيحرم التصرف فيه إلا بآذنه ورضاه بخلاف ما ضرر بنا من المثال وهو الاستغلال بمجدار غيره والاصطلاء بنار غيره لأن ذلك ليس تصرفاً في ملك الغير وحقه إذ لا أثر لذلك متصل بملك الغير وحقه وهنا بخلافه وعلى هذا إذا كان مسيل ماء في قناة فأراد صاحب القناة أن يجعله ميزاباً أو كان ميزاباً فأراد أن يجعله قناة ليس له ذلك وكذلك لو أراد أن يجعل ميزاباً أطول من ميزابه أو أعرض أو أراد أن يسيل ماء سطح آخر في ذلك الميزاب لم يكن له ذلك لأن صاحب الحق لا يملك التصرف زيادة على حقه وكذلك لو أراد أهل الدار أن يبنوا حائطاً للسد أو مسيله أو أرادوا أن ينقلوا الميزاب عن موضعه أو يرفعوه أو يسفلوه لم يكن لهم ذلك لأن ذلك تصرف في حق الغير بالإبطال والتغيير فلا يجوز من غير رضا صاحب الحق ولو بنى أصل الدار لتسهيل ميزابه على ظهره فلهم ذلك لأن مقصود صاحب الميزاب حاصل في الحالين دار لرجل فيها طريق فأراد أهل الدار أن يبنوا في ساحة الدار ما يقطع طريقه ليس لهم ذلك لأن فيه إبطال حق المرور وبنى أن يتركوا في ساحة الدار عرض باب الدار لأن عرض الطريق مقدر بعرض باب الدار ولو أراد رجل أن يشرع إلى الطريق جناحاً وميزاباً فنقول هذا في الأصل لا يخلو من أحد وجهين إمان كانت السكة نافذة وإمان كانت غير نافذة فإن كانت نافذة فإنه ينظر إن كان ذلك مما يضر بالمارين فلا يحل له أن يفعل ذلك في دينه لقوله عليه الصلاة والسلام لا ضرر ولا ضرار في الإسلام ولو فعل ذلك فلكل واحد أن يقلع عليه ذلك وإن كان ذلك مما لا يضر بالمارين حل له الانتفاع به ما لم يتقدم إليه أحد بالرفع والنقض فإذا تقدم إليه واحد من عرض الناس لا يحل له الانتفاع به بعد ذلك عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يحل له الانتفاع قبل التقدم وبعده وكذلك هذا الحكم في غرس الأشجار وبناء الدكاكين والجلوس للبيع والشراء على قارعة الطريق (وجهه) قولهما ما ذكرنا أن حرمة التصرف في حق الغير ليس لعينه بل للتحرز عن الضرر ولا ضرار بالمارة فاستوى فيه حال ما قبل التقدم وبعده ولا في حنيفة رحمه الله أن اشترع الجناح والميزاب إلى طريق العامة تصرف في حقهم لأن هواء البقعة في حكم البقعة والبقعة حقهم فكذا هو أوها فكان الانتفاع بذلك تصرفاً في حق الغير وقد مر أن التصرف في حق الغير بغير إذنه حرام سواء أضر به أولاً أم لا أنه حل له الانتفاع بذلك قبل التقدم لوجود الإذن منهم دلالة وهي ترك التقدم بالنقض والتصرف في حق الإنسان بآذنه مباح فاذا وقعت المطالبة بصريح النقض بطلت الدلالة فبقي الانتفاع بالمبنى تصرفاً في حق مشترك بين الكل من غير أذنه ورضاهم فلا يحل هذا إذا كانت السكة نافذة فاما إذا كانت غير نافذة فإن كان له حق في التقديم فليس لأهل السكة حق المنع لتصرفه في حق نفسه وإن لم

يكن له حق في التقديم فلهم منعه سواء كان لهم في ذلك مضرة أو لا ما ذكرنا أن حرمة التصرف في حق الغير لا تقف على المضرة والله سبحانه وتعالى أعلم

### كتاب الشهادة

الكلام في هذا الكتاب في مواضع في بيان ركن الشهادة وفي بيان شرائط الركن وفي بيان ما يلزم الشاهد بتحمل الشهادة وفي بيان حكم الشهادة أما ركن الشهادة فقول الشاهد أشهد بكذا وكذا وفي متعارف الناس في حقوق العباد هو الاخبار عن كون ما في يد غيره لغيره فكل من أخبر بأن ما في يد غيره لغيره فهو شاهد به يفصل عن المقر والمدعى والمدعى عليه على ما ذكرنا في كتاب الدعوى

**فصل** وأما الشرائط في الأصل فنوعان نوع هو شرط تحمل الشهادة ونوع هو شرط أداء الشهادة (أما الأول فثلاثة أحدها أن يكون عاقلاً وقت التحمل فلا يصح التحمل من المجنون والصبي الذي لا يعقل لأن تحمل الشهادة عبارة عن فهم الحادثة وضبطها ولا يحصل ذلك إلا بالآلة الفهم والضبط وهي العقل والثاني أن يكون بصيراً وقت التحمل عندنا فلا يصح التحمل من الاعمى وعند الشافعي رحمه الله البصر ليس بشرط لصحة التحمل ولا لصحة الاداء لأن الحاجة إلى البصر عند التحمل لحصول العلم بالمشهود به وذلك يحصل بالسماع واللاعمى سماع صحيح فيصح تحمله للشهادة ويقدر على الاداء بعد التحمل (ولنا) أن الشرط هو السماع من الخصم لأن الشهادة تقع له ولا يعرف كونه خصماً إلا بالرؤية لأن النعمات يشبه بعضها بعضاً (وأما) البلوغ والحرية والسلام والعدالة فليست من شرائط التحمل بل من شرائط الاداء حتى لو كان وقت التحمل صبياً عاقلاً أو عبداً أو كافراً أو فاسقاً لم يبلغ الصبي وعق العبد وأسلم الكافر وتاب الفاسق فشهدوا وعند القاضي قبل شهادتهم وكذا العبد إذا تحمل الشهادة لمولاه ثم عتق فشده قبل وكذا المرأة إذا تحملت الشهادة لزوجها ثم بانته منه فشدهت له قبل شهادتها لأن تحملها الشهادة للمولى والزوج صحيح وقد صار من أهل الاداء بالعتق والبيونة فتقبل شهادتهما ولو شهد الفاسق فردت شهادته لثمة الفسق أو شهد أحد الزوجين لصاحبه فردت شهادته لثمة الزوجة ثم شهدوا في تلك الحادثة بعد التوبة والبيونة لا قبل ولو شهد العبد أو الصبي العاقل أو الكافر على مسلم في حادثة فردت شهادته ثم أسلم الكافر وعتق العبد وبلغ الصبي فشدهوا في تلك الحادثة بعينها قبل (ووجه) الفرق أن الفاسق والزوج لهما شهادة في الجملة وقد وردت فإذا شهدوا بعد التوبة زال الزوجة في تلك الحادثة فقد أعاد تلك الشهادة وهي مردودة والشهادة المردودة لا تحتمل القبول بخلاف الكافر والعبد والصبي لأنه لا شهادة للكافر على المسلم أصلاً وكذا الصبي والعبد لا شهادة لهما أصلاً فإذا أسلم الكافر وعتق العبد وبلغ الصبي فقد حدث لهم بالسلام والعتق والبلوغ شهادة وهي غير المردودة فقبلت فهو الفرق الثالث أن يكون التحمل بمعينة المشهود به بنفسه لا بغيره إلا في أشياء مخصوصة يصح التحمل فيها بالتسامع من الناس لقوله عليه الصلاة والسلام للشاهد إذا علمت مثل الشمس فاشهد والافدع ولا يعلم مثل الشمس إلا بالمعينة بنفسه فلا تطلق الشهادة بالتسامع إلا في أشياء مخصوصة وهي النكاح والنسب والموت فله تحمل الشهادة فيها بالتسامع من الناس وإن لم يعان بنفسه لأن مبنى هذه الأشياء على الاشتهار فقامت الشهرة فيها مقام المعينة وكذا إذا شهد العرس والزفاف يجوز له أن يشهد بالنكاح لأنه دليل النكاح وكذا في الموت إذا شهد جنازة رجل أو دفنه حل له أن يشهد بموته واختلاف في تفسير التسامع فعند محمد رحمه الله هو أن يشتر ذلك ويستفيض وتتوار به الاخبار عنده من غير تواطؤ لأن الثابت بالتواتر والمحسوس بحس البصر والسمع سواء فكانت الشهادة بالتسامع شهادة عن معينة فعلى هذا إذا أخبره بذلك رجلان أو رجل وامرأتان لا يحل له الشهادة ما لم يدخل في حد التواتر وذكر أحمد بن عمر وابن مهران الخصاص أنه إذا أخبره رجلان عدلان أو رجل



وامرأتان ان هذا ابن فلان أو امرأة فلان يحل له الشهادة بذلك استدلالاً بحكم الحاكم وشهادته فانه يحكم بشهادة شاهدين من غير معارضة منه بل بخبرهما ويجوز له أن يشهد بذلك بعد العزل كذا هذا ولو أخبره رجل أو امرأة بموت انسان حل للسامع أن يشهد بموته فعلى هذا يحتاج الى الترق بين الموت وبين النكاح والنسب ووجه الفرق ان مبنى هذه الاشياء وان كان على الاشتهار الا أن الشهرة في الموت أسرع منه في النكاح والنسب لذلك شرط العدد في النكاح والنسب لافي الموت لكن ينبغي أن يشهد في كل ذلك على البتات والقطع دون التفصيل والتقييد بأن يقول اني لم أعين ذلك ولكن سمعت من فلان كذا وكذا حتى لو شهد كذلك لا تقبل وأما الولاء فالشهادة فيه بالتسامع غير مقبولة عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وهو قول أبي يوسف رحمه الله الاول ثم رجع وقال تقبل وذكرا لطلحاوى رحمه الله قول محمد مع أبي يوسف الآخر ووجه أن الولاء لحمية النسب ثم الشهادة بالتسامع في النسب مقبولة كذا في الولاء الا ترى أنا كما نشهد أن سيدنا عمر كان ابن الخطاب رضى الله عنه نشهد أن نافعاً كان مولى ابن سيدنا عمر رضى الله عنهما والصحيح جواب ظاهر الرواية لان جواز الشهادة بالتسامع في النسب لما أن مبنى النسب على الاشتهار فقامت الشهرة فيه مقام السماع بنفسه وليس مبنى الولاء على الاشتهار فلا بد من معارضة الاعتاق حتى لو اشترى اشتهاً نافعاً لابن سيدنا عمر رضى الله عنهما حلت الشهادة بالتسامع وأما الشهادة بالتسامع في الوقف فلم يذكره في ظاهر الرواية الا أن مشايخنا ألحقوه بالموت لان مبنى الوقف على الاشتهار أيضاً كالموت فكان ملحقاً به وكذا يجوز الشهادة بالتسامع في القضاء والولاية أن هذا قاضى بلد كذا ولى بلد كذا وان لم يعين المنشور لان مبنى القضاء والولاية على الشهرة فقامت الشهرة فيها مقام المعارضة ثم تحمل الشهادة كما يحصل بمعارضة المشهود به بنفسه يحصل بمعارضة دليله بان يرى ثوباً أو دابة أو داراً في يد انسان يستعمله استعمال الملاك من غير منازع حتى لو خاصمه غيره فيه يحل له أن يشهد بالملك لصاحب اليد لان اليد المتصرفه في المال من غير منازع دليل الملك فيه بل لا دليل بشاهد في الاموال أقوى منها وزاد أبو يوسف فقال لا تحل له الشهادة حتى يقع في قلبه أيضاً أنه له وينبغي أن يكون هذا قولهم جميعاً أنه لا يجوز للرأى الشهادة بالملك لصاحب اليد حتى يراه في يده يستعمله استعمال الملاك من غير منازع وحتى يقع في قلبه أنه له وذكر في الجامع الصغير وقال كل شئ في يد انسان سوى العبد والامة يسعك أن تشهد أنه له استثنى العبد والامة فيقتضى أن لا تحل له الشهادة بالملك لصاحب اليد فيها الا اذا أقرأاً نفسها وانما أراد به العبد الذي يكون له في نفسه يد بان كان كبيراً يعبر عن نفسه وكذا الامة لان الكبير في يد نفسه ظاهر اذا الاصل هو الحرية في بنى آدم والرق عارض فكانت يده الى نفسه أقرب من يد غيره فلم تصلح يد غيره دليل الملك فيه بخلاف الجادات والبهايم لانه لا يد لها بقيت يد صاحب اليد دليل على الملك ولان الحر قد يخدم كانه عبد عادة وهذا أمر ظاهر في متعارف الناس وعاداتهم فتعارض الظاهران فلم تصلح اليد دليل فيه أما اذا كان صغيراً لا يعبر عن نفسه كان حكمه حكم الثوب والبهيمة لانه لا يكون له في نفسه يد فيلحق بالعرض والبهايم فتحل للرأى الشهادة بالملك فيه لصاحب اليد والله سبحانه وتعالى أعلم وأما شرائط اداء الشهادة فانواع بعضها يرجع الى الشاهد وبعضها يرجع الى نفس الشهادة وبعضها يرجع الى مكان الشهادة وبعضها يرجع الى المشهود به أما الذى يرجع الى الشاهد فانواع بعضها يعم الشهادات كلها وبعضها يخص البعض دون البعض أما الشرائط العامة فمنها العقل لان من لا يعقل لا يعرف الشهادة فكيف يقدر على أدائها ومنها البلوغ فلا تقبل شهادة الصبي العاقل لانه لا يقدر على الاداء الا بالتخفظ والتخفظ بالتذكر والتذكر بالتفكر ولا يوجد من الصبي عادة ولان الشهادة فيها معنى الولاية والصبي مولى عليه ولا نه لو كان له شهادة للزمتة الاجابة عند الدعوة للآية الكرمة وهو قوله تعالى ولا ياب الشهداء اذا ماعوا أى دعوا للاداء فلا يلزمه اجماعاً ومنها الحرية فلا تقبل شهادة العبد لقوله تعالى ضرب الله مثلاً عبداً مملوكاً لا يقدر على شئ والشهادة شئ فلا يقدر على أدائها بظاهر الآية الكرمة ولان الشهادة تجري مجرى الولايات والتمايكات أماً معنى

الولاية فان فيه تنفيذ القول على الغير وانه من باب الولاء وأما معنى التملك فان الحاكم ملك الحكم بالشهادة فكان الشاهد ملك الحكم والعبد لا ولاية له على غيره ولا يملك فلا شهادة له ولا نه لو كان له شهادة لكان يجب عليه الاجابة اذا عي لا دائما لآية الكريمة ولا يجب لقيام حق المولى وكذا لا تقبل شهادة المدبر والمكاتب وأم الولد لانهم عبيد وكذا معتق البعض عند أبي حنيفة وعندهما تقبل شهادته لانه بمنزلة المكاتب عنده وعندهما بمنزلة حر عليه دين ومنها بصر الشاهد عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله فلا تقبل شهادة الاعمى عندهما سواء كان بصيرا وقت التحمل أولا وعند أبي يوسف ليس بشرط حتى تقبل شهادته اذا كان بصيرا وقت التحمل وهذا اذا كان المدعى شيئا لا يحتاج الى الاشارة اليه وقت الاداء فاما اذا كان شيئا يحتاج الى الاشارة اليه وقت الاداء لا تقبل شهادته اجماعا وجه قوله أبي يوسف أن اشتراط البصر ليس لعينه بل لحصول العلم بالمشهود به وذا يحصل اذا كان بصيرا وقت التحمل وجه قولهما أنه لا بد من معرفة المشهود له والاشارة اليه عند الشهادة فاذا كان أعمى عند الاداء لا يعرف المشهود له من غيره فلا يقدر على اداء الشهادة ومنها النطق فلا تقبل شهادة الاخرس لان مرعاة لفظة الشهادة شرط صحة أدائها ولا عبارة للأخرس أصلا فلا شهادة له ومنها العدالة لقبول الشهادة على الاطلاق فانها لا تقبل على الاطلاق دونها لقوله تعالى ممن ترضون من الشهداء والشاهد المرضى هو الشاهد العدل والكلام في العدالة في مواضع في بيان ماهية العدالة انها ما هي في عرف الشرع وفي بيان صفة العدالة المشروطة وفي بيان انها شرط أصل القبول وجوداً أم شرط القبول على الاطلاق وجوداً أو وجوباً أما الاول فقد اختلفت عبارات مشايخنا رحمهم الله في ماهية العدالة المتعارفة قال بعضهم من لم يطمع عليه في بطن ولا فرج فهو عدل لأن أكثر أنواع الفساد والشر يرجع الى هذين العضوين وقال بعضهم من لم يعرف عليه جرعة في دينه فهو عدل وقال بعضهم من غلبت حسنة سيئانه فهو عدل وقد روى عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال اذا رأيتم الرجل يعتاد الصلاة في المساجد فاشهدوا له بالايمان وروى من صلى الى قبلتنا وأكل ذبيحتنا فاشهدوا له بالايمان وقال بعضهم من يجتنب الكبائر وأدى الفرائض وغلبت حسنة سيئانه فهو عدل وهو اختيار أستاذنا أستاذي الامام فخر الدين علي البردوي رحمه الله تعالى واختلفت في ماهية الكبائر والصغائر قال بعضهم ما فيه حد في كتاب الله عز وجل فهو كبيرة وما لا حد فيه فهو صغيرة وهذا ليس بسديد فان شرب الخمر وأكل الربا كبيرتان ولا حد فيهما في كتاب الله تعالى وقال بعضهم ما يوجب الحد فهو كبيرة وما لا يوجب فهو صغيرة وهذا يبطل أيضا بأكل الربا فانه كبيرة ولا يوجب الحد وكذا يبطل أيضا بأشياء أخرى كإثم الكبر ولا توجب الحد نحو عقوق الوالدين والفرار من الزحف ونحوها وقال بعضهم كلما جاء مقرونا بعيد فهو كبيرة نحو قتل النفس المحرمة وقذف المحصنات والزنا والربا وكل مال اليتيم والفرار من الزحف وهو مروي عن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما وقيل له ان عبد الله بن سيدنا عمر رضي الله عنهما قال الكبائر سبع فقال هي الى سبعين أقرب ولكن لا كبيرة مع توبة ولا صغيرة مع اصرار وروى عن الحسن عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال ما تقولون في الزنا والسرقة وشرب الخمر قالوا الله ورسوله أعلم قال عليه الصلاة والسلام هن فواحش وفيهن عقوبة ثم قال عليه الصلاة والسلام ألا أنبئكم بأكبر الكبائر فقوايلي يا رسول الله فقال عليه الصلاة والسلام الاشرار بالله وعقوق الوالدين وكان عليه الصلاة والسلام متكئا فجلس ثم قال الا وقول الزور الا وقول الزور ومن مشايخنا من قال اذا كان الرجل صالحا في أمور تغلب حسنة سيئانه ولا يعرف بالكذب ولا بشئ من الكبائر غير انه يشرب الخمر أحيانا للصحة البدن والتقوى لا للتلهي يكون عدلا وعامة مشايخنا على أنه لا يكون عدلا لان شرب الخمر كبيرة محضة وان كان للتقوى ومن شرب النبيذ لا تسقط عدالته بنفس الشرب لان شربه للتقوى دون التلهي حلال وأما السكر منه فان كان وقع منه مرة وهو لا يدري أو وقع سهوا لا تسقط عدالته وان كان يعتاد السكر منه تسقط

عدالة لان السكر منه حرام ولا عدالة لمن يحضر مجلس الشرب ويجلس بينهم وان كان لا يشرب لان حضوره مجلس  
 الفسق فسق ولا عدالة للناخ والنائحة لان فعلهما محظور وأما المغني فان كان يجتمع الناس عليه للفسق بصوته فلا  
 عدالة له وان كان هو لا يشرب لانه رأس الفسقة وان كان يفعل ذلك مع نفسه لدفع الوحشة لا تسقط عدالة لان ذلك  
 مما لا بأس به لان السماع مما يرقق القلوب لكن لا يحل الفسق به وأما الذي يضرب شيئا من الملاهي فانه ينظر ان لم  
 يكن مستشعرا كالقصب والدف ونحوه لا بأس به ولا تسقط عدالة وان كان مستشعرا كالعود ونحوه سقطت عدالة  
 لانه لا يحل بوجهه من الوجوه والذي يلعب بالحمام فان كان لا يطيرها لا تسقط عدالة وان كان يطيرها تسقط عدالة  
 لانه يطلع على عورات النساء ويشغله ذلك عن الصلاة والطاعات ومن يلعب بالرندي فلا عدالة له وكذلك من يلعب  
 بالشطرنج ويعتاده فلا عدالة له وان اباحه بعض الناس لتشجيعه الخاطر وتعلم أمر الحرب لانه حرام عندنا لكونه لعبا  
 قال عليه الصلاة والسلام كل لعب حرام الا ملاعبة الرجل أهله وتأديبه فرسه ورميه عن قوسه وكذلك اذا اعتاد  
 ذلك يشغله عن الصلاة والطاعات فان كان يفعله أحيانا ولا يقامر به لا تسقط عدالة ولا عدالة لمن يدخل الحمام بغير  
 منزلة لان ستر العورة فريضة ومن ترك الصلاة بالجماعات استخفا فها هو انا بتركها فلا عدالة له لان الجماعة  
 واجبة وان كان تركها عن تأويل بأن كان الامام غير مرضى عنده لا تسقط عدالة ولا عدالة لمن يفجر بالنساء أو يعمل  
 بعمل قوم لوط ولا للسارق وقاطع الطريق والمتلصص وقاذف المحصنات وقاتل النفس المحرمة وكل الرابونحوه  
 لان هؤلاء من رؤس الكبار ولا عدالة للمخنث لان فعله وعمله كبيرة ولا عدالة لمن لم يبال من أين يكتب  
 الدراهم من أي وجه كان لان من هذا حاله لا يأمن منه أن يشهد زورا طمعا في المال والمعروف بالكذب لا عدالة  
 له ولا تقبل شهادته أبدا وان تاب لان من صار معروفا بالكذب واشهر به لا يعرف صدقه في توبته بخلاف  
 الفاسق اذا تاب عن سائر أنواع الفسق تقبل شهادته وكذا من وقع في الكذب سهواً وابتلى به مرة ثم تاب لانه قل  
 ما يخلو مسلم عن ذلك فلو منع القبول لانسداد باب الشهادة وأما الاقلف فتقبل شهادته اذا كان عدلا ولم يكن تركه الختان  
 رغبة عن السنة لعمومات الشهادة ولا ان اسلامه اذا كان في حال الكبر فيجوز أنه خاف على نفسه التلف فان لم يخف  
 ولم يختتن تارك السنة لم تقبل شهادته كالفاسق والذي يرتكب المعاصي أن شهادته لا تجوز وان كنا لا نستيقن كونه  
 فاسقا في تلك الحال وتقبل شهادته ولد الزنا اذا كان عدلا لعمومات الشهادة لان زنا الوالدين لا يقدح في عدالة  
 لقوله سبحانه وتعالى ولا تزر وازرة وزر أخرى وما روى عنه عليه الصلاة والسلام ولد الزنا أسوأ الثلاثة فذا في  
 ولدمعين والله تعالى أعلم وتقبل شهادة الخصى لعمومات الشهادة وروى عن سيدنا عمر رضي الله عنه أنه قبل  
 شهادة علقمة الخصى ولم ينقل أنه أنكر عليه منكر من الصحابة ولان الخصاء لا يقدح في العدالة فلا يمنع قبول الشهادة  
 وأما شهادة صاحب الهوى اذا كان عدلا في هواه ودينه نظري في ذلك ان كان هوى يكفره لا تقبل شهادته لان شهادة  
 الكافر على المسلم غير مقبولة وان كان لا يكفره فان كان صاحب العصبية وصاحب الدعوة الى هواه أو كان فيه مجانة  
 لا تقبل أيضا لان صاحب العصبية والدعوة لا يبالي من الكذب والتزوير ليرتجى هواه فكان فاسقا فيه وكذا اذا  
 كان فيه مجانة لان الماخذ لا يبالي من الكذب فان لم يكن كذلك وهو عدل في هواه تقبل لان هواه يزجره عن  
 الكذب الا صنف من الرافضة يسمون بالخطايسة فانهم لا شهادة لهم لان من نجلتهم انه نحل الشهادة لمن يوافقهم على  
 من يخالفهم وقيل من نجلتهم أن من ادعى أمر من الامور وحالف عليه كان صادقا في دعواه فيشهدون له فان كان هذا  
 مذهبهم فلا تخلوا شهادتهم عن الكذب وكذا لا عدالة لاهل الالهام لاهم يحكون بالالهام فيشهدون لمن يقع في  
 قلوبهم انه صادق في دعواه ومعلوم أن ذلك لا يخلو عن الكذب ولا عدالة لمن يظهر شتيمة الصحابة رضي الله تعالى  
 عنهم لان شتيمة واحد من آحاد المسلمين مسقط للعدالة فشتيتهم أولى ولا عدالة لصاحب المعصية لقوله عليه  
 الصلاة والسلام ليس منا من مات على المعصية وقال عليه الصلاة والسلام من مات على المعصية فهو كحمار نزع

بدينه فكانت المعصية معصية مسقطه للعدالة والاصل في هذا الفصل أن من ارتكب جرمة كانت من الكبائر سقطت عدالته إلا أن يتوب فإن لم تكن من الكبائر فإن أصر عليها واعتاد ذلك فكذلك لأن الصغيرة بالأصرار عليها تصير كبيرة قال عليه الصلاة والسلام لا صغيرة مع الاصرار ولا كبيرة مع الاستغفار وإن لم يصر عليها لا تسقط عدالته إذا غلبت حسناته سيئاته وأما بيان صفة العدالة المشروطة فقد اختلف أصحابنا رحمهم الله قال أبو حنيفة رضي الله عنه الشرط هو العدالة الظاهرة فالعدالة الحقيقية وهي الثابتة بالسؤال عن حال الشهود بالتعديلات والتركية فليست بشرط وقال أبو يوسف ومحمد رحمهم الله أنها شرط ولقب المسئلة أن القضاء بظاهر العدالة جازعده وعندهما لا يجوز وجملة الكلام فيه أنه لا خلاف في أنه إذا طعن الخصم في الشاهد أنه لا يكتفي بظاهر العدالة بل يسأل القاضي عن حال الشهود وكذلك لا خلاف في أنه يسأل عن حالهم في الحدود والقصاص ولا يكتفي بالعدالة الظاهرة سواء طعن الخصم فيهم أو لم يطعن واختلفوا فيما سوى الحدود والقصاص إذا لم يطعن الخصم قال أبو حنيفة رحمه الله لا يسأل وقال يسأل عن مشايخنا من قال هذا الاختلاف في اختلاف زمان لا اختلاف حقيقة لأن زمن أبي حنيفة رحمه الله كان من أهل خير وصلاح لأنه زمن التابعين وقد شهد لهم النبي عليه الصلاة والسلام بالخيرية بقوله خير القرون قرني الذي أنا فيه ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم ثم يفشو الكذب الحديث فكان الغالب في أهل زمانه الصلاح والساد فوقت الغيبة عن السؤال عن حالهم في السر ثم تغير الزمان وظهر الفساد في قرنهما فوقت الحاجة إلى السؤال عن العدالة فكان اختلاف جوابهم لا اختلاف الزمان فلا يكون اختلافاً حقيقية ومنهم من حقق الخلاف (وجه) قولهما أن العدالة الظاهرة تصلح للدفع لا للاثبات لثبوتها باستصحاب الحال دون الدليل والحاجة هنا إلى الإثبات وهو إيجاب القضاء والظاهر لا يصلح حجة له فلا بد من إثبات العدالة بدليلها ولا يبي حنيفة ظاهر قوله عز وجل وكذلك جعلناكم أمة وسطاً أي عدلاً وصف الله سبحانه وتعالى مؤمناً بهذه الامة بالوساطة وهي العدالة وقال سيدنا عمر رضي الله تعالى عنه عدول بعضهم على بعض فصارت العدالة أصلاً في المؤمنين وزوالها بعارض ولأن العدالة الحقيقية مما لا يمكن الوصول إليها فتعلق الحكم بالظاهر وقد ظهرت عدالته قبل السؤال عن حالهم فيجب الاكتفاء به إلا أن يطعن الخصم لأنه إذا طعن الخصم وهو صادق في الطعن فيقع التعارض بين الظاهرين فلا بد من الترجيح بالسؤال والسؤال في الحدود والقصاص طريق لدرئها والحدود محتال فيها للدرء ولو طعن المشهود عليه في حرية الشاهدين وقال إنهما رقيقان وقال نحن حران فالقول قوله حتى تقوم لهما البينة على حريتهما لأن الأصل في بني آدم وإن كان هو الحرية لكونهم أولاد آدم وحواء عليهما الصلاة والسلام وهما حران لكن الثابت بحكم استصحاب الحال لا يصلح للالزام على الخصم ولا بد من إثباتها بالدلائل والاصل فيه أن الناس كلهم أحرار إلا في أربعة الشهادات والحدود والقصاص والعقل هذا إذا كان مجهول النسب لم تعرف حريتهما ولم تكن ظاهرة مشهورة بأن كانا من الهند أو الترك أو غيرهم ممن لا تعرف حريته أو كانا عربيين فاما إذا لم يكونا ممن يجري عليه الرق فالقول قولهما ولا يثبت رقبتهما إلا بالبينة وأما بيان أن العدالة شرط قبول أصل الشهادة وجوداً أم شرط القبول مطلقاً وجوباً وجوداً فقد اختلف فيه قال أصحابنا رحمهم الله أنها شرط القبول للشهادة وجوداً على الإطلاق وجوباً بالشرط أصل القبول حتى يثبت القبول بدونه وقال الشافعي عليه الرحمة أنها شرط أصل القبول لا يثبت القبول أصلاً دونها حتى إن القاضي لو تحرى الصدق في شهادة الفاسق يجوز له قبول شهادته ولا يجوز القبول من غير تحري بالاجماع وكذا لا يجب عليه القبول بالاجماع وله أن يقبل شهادة العدل من غير تحري وإذا شهد بحجب عليه القبول وهذا هو الفصل بين شهادة العدل وبين شهادة الفاسق عندنا وعند الشافعي عليه الرحمة لا يجوز للقاضي أن يقضي بشهادة الفاسق أصلاً وكذا ينقد النكاح بشهادة الفاسقين عندنا وعنده لا ينقد (وجه) قول الشافعي رحمه الله أن مبنى قبول الشهادات على الصدق ولا يظهر الصدق إلا بالعدالة لأن خبر من ليس بمعصوم عن الكذب يحتمل الصدق

والكذب ولا يقع الترجيح الا بالعدالة واحتج في انعقاد النكاح بقوله عليه الصلاة والسلام لا نكاح الا بولي وشاهدي عدل (ولنا) عمومات قوله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم وقوله عليه الصلاة والسلام لا نكاح الا بشهود والفاسق شاهد لقوله سبحانه وتعالى ممن يرضون من الشهداء قسم الشهود الى مرضيين وغير مرضيين فيدل على كون غير المرضي وهو الفاسق شاهداً ولان حضرة الشهود في باب النكاح لدفع تهمة الزنا لا الحاجة الى شهادتهم عند الجحود والا نكار لان النكاح يشتر بعد وقوعه فيمكن دفع الجحود والا نكار بالشهادة بالتسامع والتهمة تندفع بحضرة الفاسق فينعقد النكاح بحضرتهم وأما قوله الركن في الشهادة هو صدق الشاهد فنعم لكن الصدق لا يقف على العدالة لا محالة فان من الفسقة من لا يبالي بارتكابه أنواع من الفسق ويستنكف عن الكذب والكلام في فاسق تحرى القاضي الصدق في شهادته فغلب على ظنه صدقه ولو لم يكن كذلك لا يجوز القضاء بشهادته عندنا وأما الحديث فقد روى عن بعض نقله الحديث أنه قال لم يثبت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ولن يثبت فلا حجة له فيه بل هو حجة عليه لانه ليس فيه جعل العدالة صفة للشاهد لانه لو كان كذلك لقال لا نكاح الا بولي وشاهدين عدلين بل هذا اضافة الشاهدين الى العدل وهو كلمة التوحيد فكانه قال عليه الصلاة والسلام لا نكاح الا بولي مقابلي كلمة العدل وهي كلمة الاسلام والفاسق مسلم فينعقد النكاح بحضرته ومنها أن لا يكون محدوداً في قذف عندنا وهو شرط الاداء وعند الشافعي رحمه الله ليس بشرط واحتج بعمومات الشهادة من غير فصل لان المانع هو الفسق بالقذف وقد زال بالتوبة (ولنا) قوله تعالى جل وعلا والذين يرمون المحصنات الآية نهى سبحانه وتعالى عن قبول شهادة الرامي على التأييد فيتناول زمان ما بعد التوبة وبه تبين أن المحدود في القذف مخصوص من عمومات الشهادة عملاً بالنصوص كلها صيانة لها عن التناقض وكذلك الذي اذا قذف مسلماً فحد القذف لا تقبل شهادته على أهل الزمة فان أسلم جازت شهادته عليهم وعلى المسلمين ومثله العبد المسلم اذا قذف حراً ثم حد حد القذف ثم عتق لا تقبل شهادته أبداً وان أعتق (ووجه) الفرق أن اقامة الحد توجب بطلان شهادة كانت للقاذف قبل الاقامة والثابت للذي قبل اقامة الحد شهادته على أهل الزمة لا على أهل الاسلام فتبطل تلك الشهادة باقامة الحد فاذا أسلم فقد حدثت له بالاسلام شهادة غير مردودة وهي شهادته على أهل الاسلام لانهم لم تكن له لتبطل بالحد فتقبل هذه الشهادة ثم من ضرورة قبول شهادته على أهل الاسلام قبول شهادته على أهل الزمة بخلاف العبد لان العبد من أهل الشهادة وان لم تكن له شهادة مقبولة لان له عدالة الاسلام والحد ابطال ذلك على التأييد ولو ضرب الذي بعض الحد فاسلم ثم ضرب الباقي تقبل شهادته لان المبطل للشهادة اقامة الحد في حالة الاسلام ولم توجد لان الحد اسم للكل فلا يكون البعض حداً لأن الحد لا يتجزأ وهذا جواب ظاهر الرواية وذكر الفقيه أبو الليث عليه الرحمة وايتين اخريين فقال في رواية لا تقبل شهادته وفي رواية تقبل شهادته ولو ضرب سوطاً واحداً في الاسلام لان السياط المتقدمة توقف كونها حداً على وجود السوط الاخير وقد وجد كمال الحد في حالة الاسلام وفي رواية اعتبر الاكثران وجد أكثر الحد في حال الاسلام تبطل شهادته والا فلا لان لاكثر حكم الكل في الشرع والصحيح جواب ظاهر الرواية لما ذكرنا أن الحد اسم للكل وعند ضرب السوط الاخير تبين أن السياط كلها كانت حداً ولم يوجد الكل في حال الاسلام بل البعض فلا ترد به الشهادة الحادثة بالاسلام هذا اذا شهد بعد اقامة الحد وبعد التوبة فاما اذا شهد بعد التوبة قبل اقامة الحد فتقبل شهادته بالاجماع ولو شهد بعد اقامة الحد قبل التوبة لا تقبل شهادته بالاجماع ولو شهد قبل التوبة وقبل اقامة الحد فهي مسألة شهادة الفاسق وقد مرت وأما النكاح بحضرة المحدودين في القذف فينعقد بالاجماع أما عند الشافعي رحمه الله فلان له شهادة أداء فكانت له شهادة سماعاً وأما عندنا فلان حضرة الشهود لدى النكاح ليست لدفع الجحود والا نكار لا تدفع الحاجة بالشهادة بالتسامع بل لرفع ريبة الزنا والتهمة به وذا يحمل بحضرة المحدودين في القذف فينعقد النكاح بحضرتهم ولا تقبل شهادتهم للنهي عن القبول والانعقاد بفصل

عن القبول في الجملة وأما المحذور في الزنا والسرقه والشرب فتقبل شهادته بالاجماع اذا تاب لانه صار عدلا والقياس  
أن تقبل شهادة المحذور في القذف اذا تاب لولا النص الخاص بعدم القبول على التأبيد ومنها أن لا يجزى الشاهد الى  
نفسه مغنيا ولا يدفع عن نفسه مغرا بشهادته لقوله عليه الصلاة والسلام لا شهادة لجار المغنم ولا لدافع المغرم ولأن  
شهادته اذا تضمنت معنى النفع والدفع فقد صار متهما ولا شهادة للمتهم على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم  
ولانه اذا اجر النفع الى نفسه بشهادته لم تقع شهادته لله تعالى عز وجل بل لنفسه فلا تقبل وعلى هذا تخرج شهادة الوالد  
وان علا لولده وان سفل وعكسه أنها غير مقبولة لان الوالدين والمولودين ينتفع البعض بمال البعض عادة فيتحقق معنى  
جر النفع والتهمة والشهادة لنفسه فلا تقبل وذكر الخصاص رحمه الله في أدب القاضي عن النبي عليه الصلاة والسلام  
أنه قال لا تقبل شهادة الوالد لولده ولا الولد لوالده ولا السيد لعبده ولا العبد لسيدده ولا الزوجة لزوجها ولا الزوج  
لزوجته وأما سائر القربات كالأخ والعمة والخال ونحوهم فتقبل شهادة بعضهم لبعض لان هؤلاء ليس لبعضهم تسلط  
في مال البعض عرفا وعادة فالتحقق بالاجانب وكذا تقبل شهادة الوالد من الرضاع لولده من الرضاع وشهادة الولد  
من الرضاع لوالده من الرضاع لان العادة ما جرت بانتفاع هؤلاء بعضهم بمال البعض فكانوا كالأجانب ولا تقبل  
شهادة المولى لعبده ولا شهادة العبد لمولاه لما قلنا وأما شهادة أحد الزوجين لصاحبه فلا تقبل عندنا وعند الشافعي  
رحمه الله تقبل واحتج بعمومات الشهادة من غير تخصيص بخو قوله تعالى جل وعلا واستشهدوا شهيدين من  
رجالكم وقوله عز شأنه وأشهدوا ذوى عدل منكم وقوله عظم كبريائه ممن رضون من الشهداء من غير فصل  
بين عدل وعدل ومرضى ومرضى (ولنا) ما روينا من النصوص من قوله عليه الصلاة والسلام لا شهادة لجار المغنم  
ولا شهادة للمتهم وأحد الزوجين بشهادته للزوج الآخر يجزى المغنم الى نفسه لانه ينتفع بمال صاحبه عادة فكان شاهدا  
لنفسه لما روينا من حديث الخصاص رحمه الله وأما العمومات فنقول بموجبها لكن لم قلنا ان أحد الزوجين في  
الشهادة لصاحبه عدل ومرضى بل هو مائل ومتهم لما قلنا لا يكون شاهدا فلا تتناوله العمومات وكذا لا تقبل  
شهادة الجارية في الحادثة التي استأجره فيها لما فيه من تهمة جر النفع الى نفسه ولا تقبل شهادة أحد الشر يمين  
لصاحبه في مال الشركة ولو شهد رجلان لرجلين على الميت بدين ألف درهم ثم شهد المشهود لهما للشاهدين على  
الميت بدين ألف درهم فشهادة الفريقين باطلة عند أبي حنيفة عليه الرحمة وأبي يوسف رحمه الله وعند محمد رحمه الله  
جائزة وعلى هذا الخلاف لو شهدا أن الميت أوصى لهما بالثلث وشهد المشهود لهما أن الميت أوصى للشاهدين  
بالثلث ولو شهدا أن الميت غصبهما دارا أو عبدا وشهد المشهود لهما للشاهدين بدين ألف درهم فشهادة الفريقين  
جائزة بالاجماع لمحمد رحمه الله ان كل فريق يشهد لغيره لا لنفسه فلا يكون متهما في شهادته ولهما أن ما يأخذه كل  
فريق فالفرق الآخر يشاركه فيه فكان كل فريق شاهدا لنفسه بخلاف ما اذا اختلف جنس المشهود به  
لان ثمة معنى الشركة لا يتحقق ومنها أن لا يكون خصما لقوله عليه الصلاة والسلام لا يجوز شهادة خصم ولا  
ظنين ولانه اذا كان خصما فشهادته تقع لنفسه فلا تقبل وعلى هذا تخرج شهادة الوصى للميت واليتيم الذي في حجره  
لانه خصم فيه وكذا شهادة الوكيل لموكله لما قلنا ومنها أن يكون عالما بالمشهود به وقت الاداء اذا كراه عند أبي  
حنيفة رحمه الله وعندهما ليس بشرط حتى انه لو رأى اسمه وخطه وخاتمه في الكتاب لكنه لا يذكر الشهادة  
لا يحل له أن يشهد ولو شهد وعلم القاضي به لا تقبل شهادته عنده وعندهما له أن يشهد ولو شهد تقبل شهادته (وجه)  
قولهما انه لما رأى اسمه وخطه وخاتمه على الصك دل أنه تحمل الشهادة وهي معلومة في الصك فيحل له أدائها واذا  
أداهها تقبل ولأن النسيان أمر جبل عليه الا انسان خصوصا عند طول المدة بالشئ لان طول المدة ينسى فلو شرط  
تذكر الحادثة لاداء الشهادة لانسداد باب الشهادة فيؤدى الى تضييع الحقوق وهذا لا يجوز ولا بي حنيفة رحمه الله قوله  
تعالى جل شأنه ولا تقف ما ليس لك به علم وقوله عليه الصلاة والسلام لشاهدا اذا علمت مثل الشمس فاشهد والا

فدع ولا اعتماد على الخط والختم لان الخط يشبه الخط والختم يشبه الختم ويجرى فيه الاحتيال والتزوير مع ما ان  
الخط للتدكير فخط لا يذكرو وجوده وعدمه بمنزلة واحدة وعلى هذا الخلاف اذا وجد القاضي في ديوانه شيئاً  
لا يذكروه وديوانه تحت ختمه أنه لا يعمل به عنده وعندهما يعمل اذا كان تحت ختمه وعلى هذا الخلاف اذا عزل  
القاضي ثم استمضى بعد ما عزل فأراد أن يعمل بشئ مما يرى في ديوانه الاول ولم يذكر ذلك ليس له ذلك عنده وعندهما  
له ذلك والله تعالى أعلم (وأما) الشرائط التي ترجع الى نفس الشهادة فأشياء منها لفظ الشهادة فلا تقبل بغيرها من  
الالفاظ كلفظ الاخبار والاعلام ونحوهما وان كان يؤدي معنى الشهادة تعديداً غير معقول المعنى ومنها أن تكون  
موافقة للدعوى فيما يشترط فيه الدعوى فان خالفتم لا تقبل الا اذا وفق المدعى بين الدعوى وبين الشهادة عند  
امكان التوفيق لان الشهادة اذا خالفت الدعوى فيما يشترط فيه الدعوى وتعدرت التوفيق انهدت عن الدعوى  
والشهادة المنفردة عن الدعوى فيما يشترط فيه الدعوى غير مقبولة وبيان ذلك في مسائل اذا ادعى ملكاً بسبب  
ثم أقام البيينة على ملك مطلق لا تقبل وبمثله لو ادعى ملكاً مطلقاً ثم أقام البيينة على الملك بسبب قبل (وجهه)  
الفرق ان الملك المطلق أعم من الملك بسبب لانه يظهر من الاصل حتى تستحق به الزوائد والملك بسبب يقتصر على  
وقت وجود السبب فكان الملك المطلق أعم فصار المدعى باقامة البيينة على الملك المطلق مكذباً بشهوده في بعض  
ما شهدوا به والتوفيق متعذر لان الملك من الاصل ينافي الملك الحادث بسبب لاستحالة ثبوتهم معاً في محل  
واحد بخلاف ما اذا ادعى الملك المطلق ثم أقام البيينة على الملك بسبب لان الملك بسبب أخص من الملك المطلق  
على ما بينا فقد شهدوا باقل مما ادعى فلم يصبر المدعى مكذباً بشهوده بل صدقهم فيما شهدوا به وادعى زيادة شيء  
لا شهادة لهم عليه وصار كما لو ادعى القاضى خمسمائة فشهد الشهود على الف انه تقبل البيينة على الف لما قلنا كذا  
هذا ولو ادعى الملك بسبب معين ثم أقام البيينة على الملك بسبب آخر بان ادعى داراً في يد رجل انه ورثها من أبيه  
ثم أقام البيينة على الملك انه اشتراها من صاحب اليد أو وهبها له أو تصدق بها عليه وقبض أو ادعى الشراء والهبة أو  
الصدقة ثم أقام البيينة على الارث لا تقبل بينته لان الشهادة خالفت الدعوى لاختلاف البينتين صورة ومعنى أما  
الصورة فلا شك فيها وأما المعنى فلان حكم البينتين يختلف فلا يقبل الا اذا وفق بين الدعوى والشهادة فقال  
كنت اشتريت منه لكنه جحدني الشراء وعجزت عن اثباته فاستوهبت منه فوهب مني وقبضت وأعاد البيينة  
تقبل لانه اذا وفق فقد زالت المخالفة وظهر انه لم يكذب بشهوده ويصير هذا في الحقيقة ابتداءً ولهذا يجب عليه  
اعادة البيينة لتقع الشهادة عند الدعوى وكذا اذا وفق فقال ورثته من أبي الا أنه جحدارني فاشتريت منه أو وهب  
لي فانها تقبل لزال التناقض والاختلاف بين الدعوى والشهادة ولو ادعى الشراء بعد هذا وأقام البيينة على  
الشراء بالف درهم لا تقبل لان البذل قد اختلف واختلاف البذل يوجب اختلاف العقد فقد قامت البيينة على  
عقد آخر غير ما ادعاه المدعى فلا تقبل الا اذا وفق المدعى فقال اشتريت بالعبداً الا انه جحدني الشراء به فاشتريته  
بعد ذلك بالف درهم فتقبل لزال المخالفة وهذا اذا كان دعوى التوفيق في مجلس آخر بان قام عن مجلس الحكم  
ثم جاء وادعى التوفيق فاما اذا لم يقيم عن مجلس الحكم فدعوى التوفيق غير مسموعة ولو ادعى انه لم أقام البيينة  
على انه لفلان وكله بالخصومة فيه تقبل بينته وبمثله لو ادعى انه لفلان وكلني بالخصومة فيه ثم أقام البيينة على  
انه لم لا تقبل ووجه الفرق ان قوله أولاً انه لى لا ينفي قوله انه لفلان وكلني بالخصومة فيه لجواز ان يكون له بحق  
الخصومة والمطالبة ولغيره بحق الملك فكان التوفيق ممكناً فقبلت البيينة بخلاف الفصل الثاني لان قوله هو لفلان  
وكلني بالخصومة فيه ينفي قوله بعد ذلك هو لى لانه صرح بان الملك فيه لفلان وانه وكيل بالخصومة فيه بقوله  
انه لفلان وكلني بالخصومة فيه فكان قوله بعد ذلك هو لى اقراراً منه بالملك لنفسه فكان مناقضاً فلا تقبل ولو ادعى  
انه لفلان وكلني بالخصومة فيه ثم أقام البيينة على انه لفلان آخر وكلني بالخصومة فيه لا تقبل لان قوله أولاً انه لفلان

وكلني بالخصومة فيه كما ينبغي قوله انه لي ينبغي قوله انه لفلان آخر وكلني بالخصومة فيه فلا تقبل الا اذا وفق فقال ان الموكل الاول باع من الموكل الثاني ثم وكلني الثاني بالخصومة فيقبل لزوال المناقضة ولو ادعى في ذي القعدة انه اشترى منه هذه الدار في شهر رمضان بالف وقده الثمن ثم أقام البينة على أنه تصدق بالدار على المدعى في شعبان لا تقبل بينته لان دعوى التصديق في شعبان تنافي الشراء في شهر رمضان لاستحالة شراء الانسان ملك نفسه والتوفيق غير ممكن فلا تقبل وان أقام البينة على التصديق في شوال ووفق فقال جحدني الشراء ثم تصدق بها على تقبل ولو ادعى داراً في يد رجل انهاله وأقام البينة على أنها كانت في يد المدعى بالامس لا تقبل وعن أبي يوسف انها تقبل ويؤمر بالرد اليه ولو أقام صاحب اليد البينة على انها كانت ملكاً للمدعى قبل بالاجماع (وجه) قول أبي يوسف رحمه الله ان البينة لما قامت على انها ما كانت في يده فلا صل في الثابت بقاؤه ولهذا قبلت البينة على ملك كان ولان الثابت بالبينة كالثابت بالمعينة ولو ثبت بالمعينة أو بالأقرار انه كان في يده بالامس يؤمر بالرد اليه كذا هذا (وجه) ظاهر الرواية ان الشهادة قامت على يد كانت فلا يثبت الكون للحال الاجمك استصحاب الحال وانه لا يصلح للالزام ولان اليد قد تكون محقة وقد تكون مبطلّة وقد تكون يدمك وقد تكون يد أمانة فكانت محتملة والمحتمل لا يصلح حجة بخلاف الملك والمعينة وبخلاف الأقرار لانه حجة بنفسه والبينة ليست بحجة بنفسها بل بقضاء القاضي ولا وجه للقضاء بالمحتمل ولو أقام البينة انها كانت في يده بالامس فاخذها هذامن أو غصبها أو أودعه أو أعاره تقبل ويقضى للخارج لانه علم بالبينة انه تلقى اليد من جهة الخارج فيؤمر بالرد اليه وعلى هذا يخرج ما اذا ادعى داراً في يد رجل أنه ورثها من أبيه وأقام البينة على أنها كانت لابيه فنقول هذا لا يخلو من أربعة أوجه اما ان شهدوا ان الدار كانت لابيه ولم يقولوا مات وتركها ميراثه واما ان قالوا انها كانت لابيه مات وتركها ميراثاً له واما ان قالوا انها كانت في يد أبيه يوم الموت واما ان أثبتوا من أبيه فعلاً فيها عند موته أما الوجه الاول فعلى قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لا تقبل الشهادة وعلى قول أبي يوسف تقبل وكذا لو شهدوا انها كانت لابيه مات قبلها لا تقبل قالوا يجب ان يكون هذا على قولهما أما على قول أبي يوسف على ما روى عنه في الامالى ينبغي أن تقبل (وجه) قوله ان الملك متى ثبت لابيه بشهادتهم فالاصل فيما ثبت يبقى الى ان يوجد المزيل فصار كمالو شهدوا انها كانت لابيه يوم الموت أيضاً (وجه) قولهما ان الشهادة خالفت الدعوى لان المدعى ادعى ملكاً كائناً والشهادة وقعت بملك كان لا بملك كائن فكانت الشهادة مخالفة للدعوى فلا يقبل قوله ما ثبت يبقى قلنا نعم لكن لا حكماً لدليل الثبوت لان دليل الثبوت لا يتعرض للبقاء وانما البقاء بحكم استصحاب الحال وانه لا يصلح حجة للاستحقاق ولو شهدوا انها كانت لجدّه فعند ههما لا يقضى بهما لم يشهدوا بالميراث بان يقولوا مات جده وتركها لابيه ثم مات أبوه وتركها ميراثاً له وعند أبي يوسف ينظر ان علم ان الجدمات قبل الاب يقضى بهاله وان علم ان الاب مات قبل الجد ولم يعلم لم يقض بهالو شهدوا انها لابيه لا يقضى بهاله منهم من قال هذا على الاتفاق ومنهم من قال هو على الخلاف الذي ذكرنا وهو الصحيح فانه روى عن أبي يوسف انها تقبل وأما الوجه الثاني وهو ما اذا شهدوا انها كانت لابيه مات وتركها ميراثاً له فلا شك ان هذه الشهادة مقبولة لانهم شهدوا بالملك الموروث عند الموت والتترك ميراثاً له وهو تفسير الملك الموروث وأما الوجه الثالث وهو ما اذا شهدوا انها كانت في يده يوم الموت فالشهادة مقبولة لان مطلق اليد من الاصل يحمل على يد المالك فكانت الشهادة بيد قائمة عند الموت شهادة بملك قائم عند الموت فاذا مات فقد ترك فثبت الملك له في المتروك اذ هو تفسير الملك الموروث ولان يده ان كانت يدمك كان الملك ثابتاً للمورث عند الموت وان كانت يد أمانة انتقلت يدمك اذا مات بمجهلاً لان التجهيل عند الموت سبب لوجوب الضمان ووجوب الضمان سبب لثبوت الملك في المضمون عندنا وأما الوجه الرابع وهو ما اذا ثبت ليد المشهود من الاب فعلا في العين عند الموت فهذا على وجهين اما ان يكون ذلك فعلاً هو دليل اليد واما ان يكون فعلاً ليس هو دليل اليد والقول



الذي هو دليل اليد هو فعل لا يتصور وجوده بدون النقل في الثقليات كاللبس والحمل أو فعل يوجد للنقل عادة كالركوب في الدواب أو فعلا يوجد في الغالب من الملاك فيما لا يقبل النقل لا من غيرهم كالسكنى في الدور والفعل الذي ليس بدليل اليد هو فعل ثبت في الثقليات من غير نقل ولا يكون حصوله للنقل عادة كالجلوس على البساط أو فعل لبس فعل للملاك غالباً فيما لا يقبل كالنوم والجلوس في الدار وأشباه ذلك فإن كان فعلاً هو دليل اليد تقبل الشهادة القائمة على ثبوته عند موت الاب لان الشهادة القائمة على ما هو دليل اليد عند الموت قائمة على اليد عند الموت وان كان فعلاً ليس بدليل اليد لا تقبل الشهادة لانه لم يوجد دليل اليد التي هي دلالة الملك وعلى هذا يخرج ما اذا اقام المدعى البينة ان اياه مات في هذه الدار انها لا تقبل لانه لم توجد الشهادة على اليد الدالة على الملك ولا على فعل دال على اليد ولا على فعل هو فعل الملاك غالباً لان الدار قد يموت فيها الملك وقد يموت فيها غير المالك من الزوار والضيف ونحوه ولو شهدوا انه مات وهو لا لبس هذا القميص أو لا لبس هذا الخاتم تقبل لان لبس القميص والخاتم فعل لا يتصور بدون النقل فكان دليلاً على اليد عند الموت أطلق محمد رحمه الله في الجامع الجواب في الخاتم ومنهم من حمل جواب الكتاب على ما اذا كان الخاتم في خنصره أو بنصره يوم الموت وزعم انه اذا كان فيمساها من الاصابع لا تقبل الشهادة لان استعمال الملاك في الخاتم هذا عادة فكانت الشهادة القائمة عليه قائمة على اليد فاما جعله فيمساها من الاصابع من الملاك فهو ليس بمعتاد فلا يكون ذلك استعمال الخاتم فلا يكون دليل اليد ولهذا قالوا الوجه المردع الخاتم في خنصره أو بنصره فضاع من يده يضمن لانه استعماله ولو جعله فيمساها من الاصابع فضاع لا يضمن لما ان ذلك حفظ وليس باستعمال والصحيح اطلاق جواب الكتاب لان فعله كيف ما كان لا يتصور بدون النقل فكان دليلاً على اليد ولو شهدوا انه مات وهو جالس على هذا البساط أو على هذا الفراش أو انما عليه لا تقبل لان هذه الافعال تتصور من غير نقل ولا تفعل للنقل عادة فلم يكن دليل اليد فان قيل اليس انه لو تنازع اثنان في بساط أحدهما جالس عليه والآخر متعلق به انه يكون بينهما نصفين وهذا دليل ثبوت يديهما عليه قيل له انما قضى به بينهما نصفين لدعواهما انه في يديهما لا ثبوت اليد لان الجلوس عليه والتعلق به كل واحد منهما يتحقق بدون النقل ولا يوجد ان النقل غالباً على ما بينا فلا يكون دليل اليد ولو شهدوا انه مات وهو راكب على هذه الدابة تقبل ويقضى بالدابة للوارث لان الركوب وان كان يتبع بدون نقل الدابة الا انه لا يفعل عادة الا للنقل فكان دليل اليد ولو شهدوا انه مات وهو ساكن في هذه الدار تقبل ويقضى للوارث (وروي) عن أبي يوسف انه لا تقبل ولا يقضى (ووجهه) ان فعل السكنى في الدار كما يوجد من الملاك يوجد من غيرهم فلا يصلح دليلاً على اليد والصحيح جواب ظاهر الرواية لان السكنى فعل يوجد في الغالب من الملاك لا من غيرهم هذا هو المعتاد فيما بين الناس فيحمل المطلق عليه ولو شهدوا انه مات وهذا الثوب موضوع على رأسه ولم يشهدوا انه كان حاملاً له لا تقبل ولا يستحق المدعى بهذا شيئاً لانه يحتمل انه وضعه بنفسه أو وضعه غيره ويحتمل انه وقع عليه من غير صنع أحد بان هبت ريح به فاقطعته على رأسه فوقع الشك في النقل منه فلا يثبت النقل منه بالشك فلا تثبت اليد بالشك ثم يقول اذا شهد الشهود انها كانت لابيها مات وتركها ميراثاً للورثة فلا يخلو اما ان قالوا هذا وارثه لا وارث له غيره واما ان قالوا هو وارثه لا نعلم ان له وارثاً غيره واما ان قالوا هو وارثه ولم يقولوا لا وارث له غيره ولا قالوا لا نعلم له وارثاً غيره فاما الوجه الاول وهو ما اذا قالوا هو وارثه لا وارث له غيره فانه تقبل شهادتهم استحساناً والقياس ان لا تقبل لانها كشهادة على ما لا علم للشاهد به لاحتمال ان يكون له وارث لا يعلمه وقد قال عليه والسلام للشاهد اذا علمت مثل الشمس فاشهد والا فدع (وجه) الاستحسان ان قولهم لا وارث له غيره معناه في متعارف الناس وعاداتهم لا نعلم له وارثاً غيره أولاً وارث له غيره في علمنا ولو نص على ذلك لقبيلت شهادتهم فكذلك هذا والله سبحانه أعلم (وأما الوجه الثاني وهو ما اذا قالوا هو وارثه لا نعلم له وارثاً غيره

تقبل شهادتهم عند عامة العلماء رضى الله عنهم وقال ابن أبي ليلى رحمه الله لا تقبل حتى يقولوا لا وارث له غيره  
 لانهم لم يقولوا لا وارث له غيره احتمل ان يكون له وارث غيره لا يعلمونه والصحيح قول العامة لان الشاهد انما  
 يحل له الشهادة بما في علمه ونفى وارث آخر ليس في علمه فلا يحل له الشهادة به الا على اعتبار ما في علمه على ما ذكرنا  
 ولو قالوا لا نعلم له وارثا غيره في هذا المصرا وفي أرض كذا تقبل عند أبي حنيفة وعندهما لا تقبل (وجهه)  
 قولهما ان قولهم لا نعلم له وارثا غيره في هذا المصرا لا ينبغي وارثا غيره لجواز ان يكون له وارث آخر في مصر آخر ولا ي  
 حنيفة رحمه الله انه لو كان له وارث آخر في موضع آخر لمعلموه لان وارث الانسان لا ينجح على أهل بلده عادة فكان  
 التخصيص والتعميم فيه سواء ثم اذا شهدوا انه وارثه لا وارث له غيره أو شهدوا انه وارثه لا نعلم له وارثا غيره أو لا نعلم  
 له وارثا غيره في هذا المصرا على مذهب أبي حنيفة رضى الله عنه فانه يدفع كل التركة اليه سواء كان الوارث ممن لا يحتمل  
 الحجب كالابن والاب والام ونحوهم أو يحتمله كالاخ والاخت والجد ونحوهم لانه تعين وارثه فيدفع اليه جميع  
 الميراث الا اذا كان زجا أو زوجة فلا يعطى الا أكثر نصيبه فلا يعطى الزوج الا النصف ولا تعطى المرأة الا الربع  
 لانهما لا يستحقان من الميراث أكثر من ذلك لانه لا يرد عليهما وفي هذين الموضعين لا يؤخذ من الوارث كفيل  
 بالاجماع وأما الوجه الثالث وهو ما اذا شهدوا انه وارثه ولم يقولوا لا وارث له غيره ولا قالوا لا نعلم له وارثا غيره فانه ينظر  
 ان كان ممن يحتمل الحجب لا يدفع اليه شيء لجواز ان يكون ثمة حاجب فان كان لا يعطى وان لم يكن يعطى بالشك وان  
 كان ممن لا يحتمل الحجب يدفع اليه جميع المال الا الزوج والزوج فانه لا يدفع اليهما الا نصيبهما وهو أكثر النصيبين  
 عند محمد رحمه الله للزوج النصف وللمرأة الربع وعند أبي يوسف رحمه الله أقل النصيبين للزوج الربع وللمرأة  
 الثمن في ظاهر الرواية عنه (وجهه) قول محمد رحمه الله ان التقصان عن أكثر النصيبين باعتبار المزاومة وفي وجود  
 المزاومة شك فلا يثبت التقصان بالشك ولا يبيّن يوسف رحمه الله ان الاقل ثابت بيقين وفي الزيادة شك فلا يثبت  
 الزيادة بالشك وروى عنه رواية أخرى أن للزوج الربع وللمرأة ربع الثمن لجواز ان يكون له أربع نسوة  
 فيكون لها ربع الثمن لانه ثابت بيقين وفي الزيادة شك وروى عنه أصحاب الاملا وللزوج الخمس وللمرأة ربع  
 التسع أما الزوج فلان من الجائز ان يكون للمرأة ابوان وبنات وزوج أصل المسئلة من اثني عشر للابوين  
 السدسان أربعة للبنتين الثلثان ثمانية وللزوج الربع ثلاثة فعالت بثلاثة أسهم فصارت الفرصة من خمسة  
 عشر وثلاثة من خمسة عشر خمسها فذلك للزوج وأما المرأة فلان من الجائز ان يكون للميت ابوان وبنات وزوجة  
 أصل المرأة من أربع وعشرين للابوين السدسان ثمانية للبنتين الثلثان ستة عشر وللزوجة الثمن ثلاثة فعالت بثلاثة  
 أسهم فصارت الفرصة سبعة وعشرين وثلاثة من سبعة وعشرين تسعها ثم من الجائز ان يكون معها ثلاثة أخرى  
 فيكن أربع زوجات فيكون لها ربع التسع وثلاثة على أربع لا تستقيم فتضرب أربع في تسعة ويكون ستة  
 وثلاثين سهما تسعها أربع فلهما من ذلك سهم وهو ربع التسع وهو سهم من ستة وثلاثين سهما ثم في هذا الوجه  
 الثالث اذا كان الوارث ممن لا يحتمل الحجب ودفع المال اليه هل يؤخذ منه كفيل قال أبو حنيفة عليه الرحمة  
 لا يؤخذ وقال أبو يوسف ومحمد رحمه الله يؤخذ (وجهه) قولهما ان أخذ الكفيل لصيانة الحق والحاجة مست  
 الى الصيانة لا احتمال ظهور وارث آخر فيؤخذ الكفيل نظرا للوارث كما في رد الأبق واللقطة الى صاحبها  
 ولا يحنيفة رحمه الله ان حق الحاضر للحال ثابت بيقين وفي ثبوت الحق للوارث آخر شك لانه قد يظهر وارث  
 آخر وقد لا يظهر فلا يجوز تعطيل الحق الثابت بيقين لحق مشكوك فيه مع ما ان المكفول له مجهول والكفالة  
 للمجهول غير صحيحة وانما أخذ الكفيل بتسليم الأبق واللقطة فقد قيل انه قولهما ان في المسئلة روايتان فاما  
 عند أبي حنيفة رحمه الله فلا يؤخذ الكفيل على اناسمنا فتلك كفالة لمعلوم لا لمجهول لان الراد انما يأخذ الكفيل  
 لنفسه كيلا يلزمه الضمان فلم تكن كفالة لمجهول وذكر أبو حنيفة رحمه الله هذه المسئلة في الجامع الصغير

وقال هذا شيء احتاط به بعض القضاة وهو ظلم أرايت لو لم يجد كفيلا كنت أمنعه حقه دلت تسميته أخذ الكفيل ظمناً على أن مذهبه أن ليس كل مجتهد مصيباً أذا الصواب لا يحتمل أن يكون ظمناً فدلّت المسألة على براءة ساحته عن لوث الاعتزال بحمد الله ومنه وأما الذي يرجع إلى المشهود به فنحن أن تكون الشهادة معلوم فإن كانت بمجهول لم تقبل لأن علم القاضي بالمشهود به شرط صحة قضائه فلم يعلم لا يمكنه القضاء به وعلى هذا يخرج ما إذا شهد رجلان عند القاضي أن فلاناً وارث هذا الميت لا وارث له غيره أنه لا تقبل شهادتهما لأنهما شهدا بمجهول لجهالة الوارث أسباب الورثة واختلاف أحكامها فلا بد أن يقولوا ابنه ووارثه لا يعلمون له وارثاً غيره أو أخوه لأبيه وأمه لا يعلمون له وارثاً غيره وقوله لا يعلمون له وارثاً غيره كذا يتلوم القاضي لأنه من الشهادة عند محمد رحمه الله لجنس هذه المسائل بأفان الزيادة يعرف ثمة أن شاء الله تعالى ومنها أن يكون المشهود به معلوماً للشاهد عند أداء الشهادة حتى لو ظن لا تحل له الشهادة وإن رأى خطه وختمه وأخبره الناس بما يتذكر بنفسه وهذا عند أبي حنيفة رضي الله عنه وعندهما أن رأى خطه وختمه أنه يشهد نحو ما تقدم من الخلاف والحجج من الجانبين وأما الذي يخص المكان فواحد وهو مجلس القاضي لأن الشهادة لا تصير حجة ملزمة إلا بقضاء القاضي فتخصص بمجلس القضاء والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) الشرائط التي تخص بعض الشهادات دون البعض فانواع أيضاً (منها) الدعوى في الشهادة القائمة على حقوق العباد من المدعى بنفسه أو نائبه لأن الشهادة في هذا الباب شرعت لتحقيق قول المدعى ولا يتحقق قوله إلا بدعواه أو بنفسه أو نائبه وأما حقوق الله تبارك وتعالى فلا يشترط فيها الدعوى كاسباب الحرمات من الطلاق وغيره وأسباب الحدود الخالصة حقاً لله تعالى إلا أنه شرطت الدعوى في باب السرقة لأن كون المروق ملكاً لغير السارق شرط لتحقيق كون الفعل سرقة شرعاً ولا يظهر ذلك إلا بالدعوى فشرطت الدعوى لهذا واختلف في عتق العبد أنه حق للعبد فتشترط فيه الدعوى أو حق لله تعالى فلا تشترط فيه الدعوى مع الاتفاق على أن عتق الأمة حق لله تعالى لما علم من الخلاف في كتاب العتاق والله سبحانه وتعالى أعلم (ومنها) العدد في الشهادة بما يطلع عليه الرجال لقوله تعالى فاستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان (وقوله) سبحانه وتعالى ثم يأتيان بربعة شهداء ولأن الواجب على الشاهد إقامة الشهادة لله عز وجل الآية وهو قوله تعالى وأقيموا الشهادة لله تعالى وقوله تعالى كونوا أقوامين بالقسط شهداء لله ولا تقع الشهادة لله إلا وأن تكون خالصة صافية عن جر النفع ومعلوم أن في الشهادة منفعة للشاهد من حيث التصديق لأن من صدق قوله يتلذذ به فلو قبل قول الفرد لم تحل شهادته عن جر النفع إلى نفسه فلا يخلص لله عز وجل فشرط العلم في الشهادة ليكون كل واحد مضافاً إلى قول صاحبه فتصفوا الشهادة لله عز شأنه ولأنه إذا كان فرداً يخاف عليه السهو والنسيان لأن الإنسان مطبوع على السهو والغفلة فشرط العدد في الشهادة ليدرك البعض البعض عند اعتراض السهو والغفلة كما قال الله تعالى في إقامة امرأتين مقام رجل في الشهادة أن تفضل إحداهما فتذكر إحداها أخرى ثم الشرط عدد المثني في عموم الشهادات القائمة على ما يطلع عليه الرجال إلا في الشهادة بالزنا فإنه يشترط فيها عدد الأربعة لقوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم يأتيان بربعة شهداء وقوله تعالى فإن لم يأتيوا بالشهداء فأولئك عند الله هم الكاذبون ولأن الشهادة في هذا الباب أحد نوعي الحجة فتعتبر بالنوع الآخر وهو الإقرار ثم عدد الأقارب الأربعة شرط ظهور الزنا عندنا فكذلك عدد الشهود الأربعة بخلاف سائر الحدود فإنه لا يشترط العدد في الإقرار لظهورها فكذلك في الشهادة ولأن عدد الأربعة في الزنا ثبت نصاً بخلاف القياس لأن خبر من ليس بمعصوم من الكذب لا يخلو عن احتمال الكذب وعدد الأربعة في احتمال الكذب مثل عدد المثني ما لم يدخل في حد التواتر لكانعناه شرطاً بنص خاص معدولاً به عن القياس فبقى سائر الأبواب على أصل القياس وأما فيما لا يطلع عليه الرجال كالولادة والعيوب الباطنة في النساء فالعدد فيه ليس

بشرط عندنا تقبل فيه شهادة امرأه واحدة والثنتان أحوط وعند مالك والشافعي رحمهما الله ان العدد فيه شرط الا ان عند مالك رحمه الله يكتفى فيه بامرأتين وعند الشافعي رحمه الله لابد من الاربع ووجه قول مالك ان شهادة الرجال لماسقط اعتبارها في هذا الباب لمكان الضرورة وجب الاكتفاء بعدد من النساء ووجه قول الشافعي رحمه الله ان الشرع اقام كل امرأتين في باب الشهادة مقام رجل واحد ثم لا يكتفى باقل من رجلين فلا يكتفى باقل من أربع نسوة (ولنا) ان شرط العدد في الشهادة في الاصل ثبت تعبداً غير معتول المعنى لان خبر من ليس بمعتوم عن الكذب لا يفيد العلم قطعاً وقيناً وانما يفيد غالب الرأى وأكثر الظن وهذا ثبت بخبر الواحد العدل ولهذا لم يشترط العدد في رواية الاخبار الا ان اعر فنا العدد فيها شرطاً بالنص والنص ورد بالعدد في شهادة النساء في حالة مخصوصة وهي ان يكون معهن رجل بقوله تعالى عز شأنه فرجل وامرأتان فثبت حالة الا نفراد عن الرجال على أصل الفياس وقد روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل شهادة القابلة على الولادة ولو شهد رجل واحد بالولادة يقبل لانه لما قبل شهادة امرأة واحدة فشهادة رجل واحد أولى والله سبحانه وتعالى أعلم ومنها اتفاق الشهادتين فيما يشترط فيه العدد فان اختلفا لم تقبل لان اختلفا فهما يوجب اختلاف الدعوى والشهادة ولان عند اختلاف الشهادتين لم يوجد الا أحد شطري الشهادة ولا يكتفى به فيما يشترط فيه العدد ثم نقول الاختلاف قد يكون في جنس المشهود به وقد يكون في قدره وقد يكون في الزمان وقد يكون في المكان وغير ذلك اما اختلافهما في الجنس فقد يكون في العقد وقد يكون في المال اما في المقدفون ان يشهد أحدهما بالبيع والآخر بالميثاق أو بالهبة أو غير ذلك فلا تقبل لاختلاف العقدين صورة ومعنى فقد شهد كل واحد منهما بما قد غير ما شهد به الآخر وليس على أحدهما شهادة شاهدين واما في المال فهوان يشهد أحدهما بمكيل والآخر بموزون فلا تقبل لانهما جنسان مختلفان وليس على أحدهما شهادة شاهدين واما اختلاف الشهادة في قدر المشهود به فنحو ما اذا ادعى رجل على رجل اني درهم وأقام شاهدين شهد أحدهما بالالفين والآخر بالف لا تقبل عند أبي حنيفة رحمه الله أصلاً وعندهما تقبل على الالف ولو كان المدعى يدعى ألفاً وخمسمائة فشهد أحدهما بالف وخمسمائة والآخر بالف تقبل على الالف بالاجماع ووجه قولهما ان الشهادة لم تخالف الدعوى في قدر الالف بل وافقتها بقدرها الا ان المدعى يدعى زيادة مال لا شهادة لهم عليه فيثبت قدر ما وقع الاتفاق عليه كما اذا ادعى ألفاً وخمسمائة فشهد أحدهما بذلك والآخر بالف تقبل على الالف لما قلنا كذا هذا ولا يبي حنيفة رحمه الله ان شرط الشهادة خالف الدعوى لان المدعى يدعى الفين وانه اسم وضع دلالة على عدد معلوم والاسم الموضوع دلالة على عدد لا يقع على ما دون ذلك العدد كسائر أسماء الاعداد كالترك لالف من الابل والهنيدة لمائة منها ونحو ذلك فلم تكن الالف المفردة مدعى فلم تكن الشهادة شهادة على ما دخل تحت الدعوى فافتردت الشهادة عن الدعوى فيما يشترط فيه الدعوى فلا تقبل بخلاف ما اذا ادعى ألفاً وخمسمائة فشهد أحدهما بذلك والآخر بالف انه يقبل على الالف لان الالف والخمسمائة اسم لعددين الا ترى انه يعطى أحدهما على الآخر فيقال الف وخمسمائة فكان كل واحد منهما باقراده داخل تحت الدعوى فالشهادة القائمة عليهما تكون قائمة على كل واحد منهما مصادراً فإذا شهد أحدهما بالف فقد شهد باحد العددين الداخلين تحت الدعوى فكانت الشهادة موافقة للدعوى في عدد الالف فيقضى به للمدعى لقيام الحجة عليه بخلاف الالف والالفين لانه اسم لعدد واحد لا تصح على ما دونه بحال فلم تكن الالف المفردة داخلية تحت الدعوى فكانت الشهادة القائمة عليهما شهادة على ما لم يدخل تحت الدعوى فلا تقبل فهو الفرق بينهما ولو ادعى ألفاً وشهد أحدهما بالالف والآخر بالفين لا تقبل على الالف بالاجماع لان المدعى كذب أحد شاهديه في بعض ما شهد به فوجب ذلك تهمة في الباقي فلا تقبل الا اذا وفق فقال كان لي عليه ألفان الا انه كان قد قضاني الف ولم يعلم به الشاهد فيقبل وكذا لو ادعى ألفاً وشهد أحدهما بالالف والآخر بالف وخمسمائة لا تقبل لما قلنا الا اذا وفق فقال كان لي عليه الف وخمسمائة الا انه قضاني خمسمائة ولم يعلم بها الشاهد فتقبل لانه اذا وفق فتمد زال الاختلاف المانع من القبول

ولو ادعى على رجل انه باع عبده بالف درهم وهو ينكر فشهد شاهدان بالفين وآخر بألف أو ادعى انه باعه بألف وخمسمائة  
فشهد أحدهما بالف وخمسمائة والآخر بالف لا تقبل بالاجماع لان الشاهدين اختلفا في البذل واختلاف البديلين  
يوجب اختلاف العقدين فصار كل واحد منهما شاهداً بعد غير عقد صاحبه وليس على أحدهما شهادة شاهدين  
فلا تقبل ولا يثبت العقد وكذلك لو كان المشتري مدعيًا والبائع مدعيًا عليه لما قلنا فان كان هذا في الاجارة ينظر ان كانت  
الدعوى من المؤاجر في مدة الاجارة لا تقبل لان هذا يكون دعوى العقد وليس على أحد العاقلين شهادة شاهدين  
فلا تقبل كما في باب البيع وان كانت الدعوى بعد انقضاء مدة الاجارة فهذا دعوى المال لا دعوى العقد فكان حكمه  
حكم سائر الديون وقد ذكرناه على الاتفاق والاختلاف هذا اذا كانت الدعوى من المؤاجر فان كانت من المستاجر  
لا تقبل سواء كانت الدعوى في المدة أو بعد انقضائها لان هذا دعوى العقد ولو كان هذا في النكاح فان كانت الدعوى  
من المرأة فهذا دعوى المال عند أبي حنيفة عليه الرحمة حتى انها لو ادعت على رجل انه تزوجها على الف وخمسمائة فشهد  
لها شاهدان أحدهما بالف وخمسمائة والآخر بالف تقبل والنكاح جائز بالف درهم وعندهما لا تقبل ولا يجوز  
النكاح لان هذا دعوى العقد ولو كانت الدعوى من الرجل والمرأة تنكر لا تقبل بالاجماع لان هذا دعوى العقد ولو  
كانت الدعوى في الخلع أو في الطلاق على مال أو في العتاق أو في الصلح عن دم الممد على مال فان كانت الدعوى من  
الزوج أو من المولى أو ولي القصاص تقبل لان هذا دعوى المال وان كانت الدعوى من المرأة أو العبد أو القاتل لا تقبل  
لان هذا دعوى العقد ولو كان هذا في الكتابة فان كانت الدعوى من المكاتب لا تقبل لان هذا دعوى العقد فلا  
تقبل ولا تصح الكتابة وان كانت من المولى فلا تصح لان للمكاتب ان يعجز نفسه متى شاء (واما) اختلاف الشهادة  
في الزمان والمكان فانه ينظر ان كان ذلك في الاقرار لا يمنع القبول وان كان في الافاعيل من القتل والقطع والعصب  
وانشاء البيع والطلاق والعتاق والنكاح ونحوها يمنع القبول ووجه الفرق ان الاقرار بما يحتمل التكرار فيمكن  
التوفيق بين الشهادتين لسماحه عن الاقرار في زمانين أو مكانين فلا يتحقق الاختلاف بين الشهادتين بخلاف القتل  
والقطع وانشاء البيع وغيره من العقود والفسوخ لان هذا لا يحتمل التكرار فاختلاف الزمان والمكان فيها يوجب  
اختلاف الشهادتين فيمنع القبول والله التوفيق ولو ادعى رجل على رجل قرض الف درهم فشهد شاهدان أحدهما  
على القرض والآخر على القرض والفضاء يقضى بشهادتهما على القرض ولا يقضى بالقضاء في ظاهر الرواية وروى  
عن أبي يوسف رحمه الله انه لا يقضى بشهادتهما بالقرض أيضاً لانهما وان اجتمعا على الشهادة بالقرض لكن الذي  
شهد بالقضاء فسخ شهادته بالقرض فبقى على القرض شاهد واحد فلا يقضى بالشهادة والصحيح جواب ظاهر  
الرواية لان الشهادتين اختلفا في القضاء لا في القرض بل اتفاقا على القرض فيقضى به وقوله شاهد القضاء فسخ  
شهادته بالقرض قلنا ممنوع بل قرر شهادته على القرض لان قضاء القرض بعد القرض يكون (واما) الذي يرجع الى  
المكان فواحد وهو مجلس القضاء ومنها الذكورة في الشهادة بالحدود والقصاص فلا تقبل فيها شهادة النساء لما روى  
عن الزهري رحمه الله انه قال مضت السنة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم والخليفتين من بعده رضوان الله تعالى  
عليهما انه لا تقبل شهادة النساء في الحدود والقصاص ولان الحدود والقصاص مبنيان على الدرء والاسقاط بالشبهات  
وشهادة النساء لا تخلو عن شبهة لانهن جبلن على السهو والغفلة وتقصان العقل والدين فيورث ذلك شبهة بخلاف  
سائر الاحكام لانها تجب مع الشبهة ولان جواز شهادة النساء على البذل من شهادة الرجال والابدال في باب الحدود  
غيره مقبولة كالكفالات والوكالات واما الشهادة على الاموال فالذكورة ليست فيها بشرط والا ثبوت ليست بمائعة  
بالاجماع فتقبل فيها شهادة النساء مع الرجال لقول الله تبارك وتعالى في باب المداينة فاستشهدوا شهدتين من رجالكم  
فان لم يكنوا بارجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء واختلف في اشتراطها في الشهادة بالحقوق التي ليست  
بمال كالنكاح والطلاق والنسب قال أصحابنا رضي الله عنهم ليست بشرط وقال الشافعي رضي الله عنه شرط (وجه)

قول الشافعي رحمه الله ان شهادة النساء حجة ضرورية لانها جعلت حجة في باب الديانات عند عدم الرجال ولا ضرورة في الحقوق التي ليست بمال لا ندفع الحاجة فيها بشهادة الرجال ولهذا لم يجعل حجة في باب الحدود والقصاص وكذا لم يجعل حجة بافرادهن فيما لا يطلع عليه الرجال (ولنا) قوله تبارك وتعالى واستشهدوا الآية جعل الله سبحانه وتعالى رجل وامرأتين شهادة على الاطلاق لانه سبحانه وتعالى جعلهم من الشهداء والشاهد المطلق من له شهادة على الاطلاق فاقضى ان يكون لهم شهادة في سائر الاحكام الا ما قيد بدليل وروى عن سيدنا عمر رضي الله عنه انه أجاز شهادة النساء مع الرجال في النكاح والفرقة ولم ينقل أنه أنكر عليه منكر من الصحابة فكان اجماعاً منهم على الجواز ولان شهادة رجل وامرأتين في اظهار المشهود به مثل شهادة رجلين لرجحان جانب الصدق فيها على جانب الكذب بالعدالة لانها لم تجعل حجة فيما يدرب بالشبهات لنوع قصور وشبهة فيها ما ذكرنا وهذه الحقوق تثبت بدليل فيه شبهة (وأما) قوله بانها ضرورة فلا تسلم فانها مع القدرة على شهادة الرجال في باب الاموال مقبولة فدل انها شهادة مطلقة لا ضرورة وبه تبين ان نقصان الاثنية يصير مجبوراً بالعدد فكانت شهادة مطلقة واختلف في اشتراطها في الشهادة على الاحصان قال علماؤنا الثلاثة رضي الله عنهم ليست بشرط وقال زفر شرط حتى يظهر الاحصان بشهادة رجل وامرأتين عندنا وعنده لا يظهر (وجه) قول زفر رحمه الله أن الذكورة شرط في علة العقوبات بالاجماع حتى لا يظهر بشهادة رجل وامرأتين والاحصان من جملة أوصاف العلة لان علة وجوب الرجم ليس هو الزنا المطلق بل الزنا الموصوف بالتعليط ولا يتغلط الا بالاحصان فكان الاحصان من جملة العلة فلا يثبت بشهادة النساء ولهذا لو أقر بالاحصان جاز رجوعه كما انه لو أقر بالزنا رجوع وكذا الشهادة القائمة على الاحصان من غير دعوى كالشهادة القائمة على الزنا (ولنا) قوله عز وجل فاستشهدوا الآية ودلائلها على نحو ما تقدم مع الشافعي رحمه الله وأما قوله من جملة العلة الاحصان قلنا لا ممنوع بل هو شرط العلة فيصير الزنا عنده علة والحكم يضاف الى العلة لا الى الشرط لما عرف في أصول الفقه وأما الرجوع عنه بعد الاقرار فلا نسلم أنه لا يصح الرجوع في قول أبي يوسف رحمه الله ولا يصح في قول زفر رحمه الله وهذا حجة على زفر ولا رواية فيه عند أبي حنيفة ومحمد رحمه الله فلنا أن نمنع وعدم اشتراط الدعوى يدل على أنه حق الله سبحانه وتعالى لا على انه تضاف اليه العقوبة ألا ترى ان الدعوى ليست بشرط في عتق الأمة اجماعاً ولا في عتق العبد عند أبي يوسف ومحمد وان كان لا يتقرر تعلق عقوبة به ونحن نسلم ان الاحصان حق الله تعالى في هذا الوقت على ما عرف في الخلافات ومنها اسلام الشاهد اذا كان المشهود عليه مساماً حتى لا تقبل شهادة الكافر على المسلم لان الشهادة فيها معنى الولاية وهو تنفيذ القول على الغير ولا ولاية للكافر فلا شهادة له عليه وتقبل شهادة المسلم على الكافر لانه من أهل أن يثبت له الولاية على المسلم فعلى الكافر أولى (وأما) اذا كان المشهود عليه كافراً فاسلام الشاهد هل هو شرط لقبول شهادته عليه فقد اختلف فيه قال أصحابنا رضي الله عنهم ليس بشرط حتى تقبل شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض سواء اتفقت مللهم أو اختلفت بعد ان كانوا عداً ولا في دينهم وقال الشافعي رحمه الله شرط حتى لا تقبل شهادتهم أصلاً واحتج بقوله سبحانه وتعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً نفى الله سبحانه وتعالى أن يكون للكافرين على المؤمنين سبيلاً وفي قبول شهادة بعضهم على بعض اثبات السبيل للكافرين على المؤمنين لانه يجب على القاضي القضاء بشهادتهم وانه منفي ولان العدة شرط قبول الشهادة والفسق مانع والكفر رأس الفسق فكان أولى بالمنع من القبول (ولنا) قول النبي عليه الصلاة والسلام في ذلك الحديث فاذا قبلوا عقد الذمة فاعلمهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين وللمسلم على المسلم شهادة فكذلك الذمي على الذمي فظاهره يقتضي أن يكون للذمي على المسلم شهادة كالمسلم الا أن ذلك صار مخصوصاً من عموم النص ولان الحاجة مست الى صيانة حقوق أهل الذمة ولا تحصل الصيانة الا وان يكون لبعضهم على بعض شهادة ولا شك أن الحاجة الى

الى صيانة حقوقهم ماسة لانهم انما قبلوا عقد الذمة لتكون دماؤهم كدمائنا وأموالهم كاموالنا والدليل على أن الصيانة لا تحصل الا وأن يكون لبعضهم على بعض شهادة لان هذه المعاملات تكثر فيما بينهم والمسلمون لا يحضرون معاقدتهم ليتحملوا حوادثهم فلو لم يكن لبعضهم على بعض شهادة لضاعت حقوقهم عند الجحود والانكار فدعت الحاجة الى الصيانة بالشهادة وأما الآية الكريمة فوجوب القضاء لا يثبت بالشهادة وانما يثبت بالتقليد السابق والشهادة شرط الوجوب والحكم لا يثبت بالشرط فلا يكون في قبول شهادة بعضهم على بعض اثبات السبيل للكافر على المؤمن سواء اتفقت مللهم أو اختلفت فتقبل شهادة النصراني على اليهودي واليهودي على المجوسي وقال ابن أبي ليلى ان اختلفت لا تقبل وهذا غير سديد لان الكفر وان اختلفت أنواعه صورة فهو ملة واحدة حقيقة فتقبل شهادة بعضهم على بعض كيف ما كان بعد ان يكون الشاهد من أهل دار الاسلام حتى لا تقبل شهادة المستأمن على الذي لأنه ليس من أهل دار الاسلام حقيقة وان كان فيها صورة لأنه ما دخل دارنا للسكنى فيها بل ليقضى حوائجهم ثم يعود عن قريب فلم يكن من أهل دار الاسلام والذي من أهل دار الاسلام فاختلفت الداران فلم تقبل شهادة الذي عليه بالنص الذي رويناه وصار حكم المستأمن مع الذي في الشهادة كحكم الذي مع المسلم وشهادة المستأمن تقبل على المستأمن ان اتفقت دارهم ومللهم وان اختلفت لا تقبل ومنها عدم التقادم في الشهادة على الحدود كلها الا الحد القذف حتى لا تقبل الشهادة عليها اذا تقادم العهد الا على حد القذف بخلاف الاقرار لما عرف في كتاب الحدود والله تعالى أعلم ومنها قيام الرأحة في الشهادة على شرب الخمر اذا لم يكن سكران ولم يحقق انه من مسيره لا يبقى الرجح من الجحى به من مثلها عادة عندهما وعند محمد ليس بشرط وهي من مسائل الحدود وتذكر هناك ان شاء الله تعالى (ومنها) الاصل في الشهادة على الحدود والقصاص حتى لا تقبل فيها الشهادة بطريق النيابة وهي الشهادة على الشهادة عندنا كذلك لا يقبل فيها كتاب القاضي الى القاضي لانه في معنى الشهادة على الشهادة وعند الشافعي رحمه الله ليس بشرط حتى تقبل فيها الشهادة على الشهادة وأجمعوا على انها ليست بشرط في الاموال والحقوق المجردة عنها فتقبل فيها الشهادة على الشهادة وكتاب القاضي الى القاضي الا في العبد الا ببق عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف تقبل فيه أيضاً على ما نذكر في كتاب أدب القاضي (وجه) قول الشافعي رحمه الله ان الفروع يؤدون الشهادة نيابة عن الاصول فكانت شهادتهم شهادة الاصول معنى وشهادة الاصول على الحدود والقصاص مقبولة (ولنا) ان الحدود والقصاص مما تدرأ بالشبهات والشهادة على الشهادة لا تخلو عن شبهة ولهذا لا تقبل فيها شهاد النساء لتمسك الشبهة في شهادتهن بسبب السهو والغفلة بل أولى لان الشبهة هنا تمسكت في مجلس فكان فيها زيادة ليست في شهادة الاصول ولان الحدود لما كانت مبنية على الدرة أوجب ذلك اختصاصها بمحجج مخصوصة بل ايقاف اقامتها ولهذا شرط عدد الاربع في الشهادة على الزنا لان اطلاع أربعة من الرجال الاحرار على غيبوبة ذكراه في فرجها كما يغيب الميل في المكحلة نادر غاية الندرة ثم نقول الكلام في الشهادة على الشهادة يقع في مواضع في صورة تحمل الشهادة على الشهادة وفي شرائط التحمل وفي صورة أداء الشهادة على الشهادة وفي شرائط الاداء أما صورة التحمل فلها عبارتان مختصرة ومطولة أما اللفظ المختصر فهو ان يقول شاهد الاصل أشهد على شهادتي اني أشهد ان فلان على فلان كذا أو يقول أشهد ان فلان على فلان كذا فاشهد على شهادتي بذلك وأما المطول فهو ان يقول شاهد الاصل أشهد ان فلان على فلان كذا أشهدك على شهادتي هذه وأمرك ان تشهد على شهادتي هذه فاشهد وأما شرائط تحمل هذه الشهادات فاذكرنا في عموم الشهادات وأما الذي يختص بها فأنواع منها الاشهاد حتى لا يصح التحمل بنفس السماع دون الاشهاد حتى لو قال أشهد ان فلان على فلان كذا فسمع انسان لكن لم يقبل أشهد أنت لم يصح التحمل بخلاف سائر الشهادات انه يصح التحمل فيها بنفس معينة الفعل وسماع الاقرار والانشاء من غير اشهاد (وجه) الفرق ان الفروع يشهدون نيابة عن الاصول فلا بد من الانابة منهم وذلك

بالاشهاد بخلاف سائر الشهادات لان تحمل الشاهد في سائر ما يطرق الاحالة بنفسه لا بغيره فيصح التحمل فيها بطريق المعاينة ومنها الاشهاد على شهادته حتى لو قال اشهد بمثل ما شهدت أو كما شهدت أو على ما شهدت لا يصح التحمل ما لم يقل على شهادتي لان معنى التحمل والاثابة لا يحصل الا بالاشهاد على شهادته ومنها عدد التحمل وهو ان يتحمل من كل واحد من شاهدي الاصل اثنان حتى لو تحمل من أحدهما واحد وتحمل من الآخر واحد لا يصح التحمل لان الشهادة حق ثابت في ذمة الشاهد والحقوق الثابتة في الذمم لا ينقلها الى القاضي الا شاهدان ولو تحمل اثنان من أحدهما شهادته ثم تحملا من الآخر شهادته جاز التحمل لانه اجتمع على التحمل من كل واحد منهما شاهدان فاما الذكورة في تحمل هذه الشهادة فليست بشرط حتى يصح التحمل فيها من النساء (وأما صورة أداء هذه الشهادة فلها لفظان أيضاً مختصر ومطول فالمختصر ان يقول شهد فلان عندي ان فلان على فلان كذا وأشهدني على شهادته بذلك فانا أشهد على شهادته بذلك وأما المطول فهو ان يقول شهد عندي فلان ان فلان على فلان كذا وأشهدني على شهادته بذلك وأمرني ان أشهد على شهادته بذلك وأنا أشهد الآن على شهادته بذلك ولو لم يقل وأمرني ان أشهد على شهادته بذلك جاز لان معنى التحمل والاثابة يتأدى بقوله أشهدني على شهادته فكان قوله أمرني بذلك من باب التأكيد وأما شرائطها فاذكرناه كسائر الشهادات والذي يختص بهذه الشهادة ان يكون المشهود عليه ميتاً أو غائباً مسيرة سفر أو مريراً لا يستطيع بحضور مجلس القضاء لان جواز هذه الشهادة للحاجة والضرورة ولا تتحقق الضرورة الا في هذه المواضع وأما الذكورة فليست بشرط لاداء هذه الشهادة فتقبل فيها شهادة النساء مع الرجال لقوله تبارك وتعالى فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء فظاهر النص يقتضي ان يكون للنساء مع الرجال شهادة على الاطلاق من غير فصل الا ما قيد بدليل ولان قضية القياس ان لا تشترط الذكورة والاصل في عموم الشهادات الا ان اشتراط الذكورة في شهادة الاصول على الحدود والقصاص ثبت بنص خاص وهو حديث الزهري رحمه الله لتمكن شبهة في شهادتهن ليست في شهادة الرجال واشترط الاصل في الشهادة لتمكن زيادة شبهة في شهادة الفرع ليست في شهادة الاصول وهو شبهة في الشهادتين على ما ذكرنا فشرط ذلك احتيالا لدرء ما يندري بالشبهات والاموال والحقوق مما ثبت بالشبهة فتثبت على أصل القياس والله سبحانه وتعالى أعلم

فصل ١٠ وأما بيان ما يلزم الشاهد بتحمل الشهادة فالذي يلزمه أداء الشهادة لله سبحانه وتعالى فيما سوى أسباب الحدود لقوله تعالى وأقيموا الشهادة لله وقوله عز شأنه كونوا قوامين بالقسم شهداء لله الا ان في الشهادة القاعة على حقوق العباد وأسبابها لا بد من طلب المشهود له لوجوب الاداء فاذا طلب وجب عليه الاداء حتى لو امتنع بعد الطلب يأثم لقوله تعالى ولا ياب الشهداء اذا مادعوا أي دعوا الاداء الشهادة لان الشهادة أمانة المشهود له في ذمة الشاهد وقال سبحانه وتعالى وليؤد الذي أوتى أمانته وقال تعالى جل شأنه ان الله يأمركم ان تؤدوا الامانات الى أهلها وأما في حقوق الله تبارك وتعالى وفيما سوى أسباب الحدود ونحو طلاق امرأة واعتناق عبد والظهار والا يلاء ونحوها من أسباب الحرمات تلزمه الاقامة حسبة لله تبارك وتعالى عند الحاجة الى الاقامة من غير طلب من أحد من العباد وأما في أسباب الحدود من الزنا والسرقة وشرب الخمر والقذف فهو مخير بين ان يشهد حسبة لله تعالى وبين ان يستر لان كل واحد منهما أمر مندوب اليه قال الله تبارك وتعالى وأقيموا الشهادة لله وقال عليه الصلاة والسلام من ستر على مسلم ستر الله عليه في الدنيا والاخرة وقد نده به الشرع الى كل واحد منهما ان شاء اختار جهة الحسبة فاقامها لله تعالى وان شاء اختار جهة الستر فيستر على أخيه المسلم

فصل ١١ وأما بيان حكم الشهادة لحكمها وجوب القضاء على القاضي لان الشهادة عند استجماع شرائطها مظهرة للحق والقاضي مأمور بالقضاء بالحق قال الله تبارك وتعالى يا داود انا جعلناك خليفة في الارض فاحكم بين الناس بالحق وثبت ما يترتب عليهما من الاحكام



### ﴿ كتاب الرجوع عن الشهادة ﴾

الكلام في هذا الكتاب في الاصل في موضع واحد وهو بيان حكم الرجوع عن الشهادة فنقول وبالله التوفيق الرجوع عن الشهادة يتعلق به حكمان أحدهما يرجع الى مال الشاهد والثاني يرجع الى نفسه أما الذي يرجع الى ماله فهو وجوب الضمان والكلام فيه في ثلاثة مواضع في بيان سبب وجوب الضمان وفي بيان شرائط الوجوب وفي بيان مقدار الواجب اما الاول فسبب وجوب الضمان في هذا الباب إتلاف المال أو النفس بالشهادة لان الضمان في الشرع انما يجب اما بالالتزام أو بالاتلاف ولم يوجد الالتزام فيتمتعين الاتلاف فيها سبباً لوجوب الضمان فان وقعت اتلافاً انعدت سبباً لوجوب الضمان والا فلا وعلى هذا يخرج ما إذا شهد على رجل بالف وقضى القاضي بشهادتهما ثم رجعا انهما يضمنان الالف لانهما مرجعا عن شهادتهما بعد القضاء تبين ان شهادتهما وقعت سبباً الى الاتلاف في حق المشهود عليه والتسبب الى الاتلاف بمنزلة المباشرة في حق سببية وجوب الضمان كالا كراه على إتلاف المال وحفر البئر على قارعة الطريق ونحوه ( فان قيل ) لما رجعا عن شهادتهما تبين ان قضاء القاضي لم يصح فتبين ان المدعى أخذ المال بغير حق فلم لا يردده الى المشهود عليه قيل له انه بالرجوع لم يتبين بطلان القضاء لان الشاهد غير مصدق في الرجوع في حق القاضي والمشهود لوجهين الاول أن الرجوع يحتمل الصدق والكذب والقضاء بالحق للمشهود به تفيد دليل من حيث الظاهر وهو الشهادة الصادقة عند القاضي فلا ينتقض الثابت بظواهر الشك والاحتمال فبقى القضاء ماضياً على الصحة والمدعى في يد المدعى كما كان والثاني أن الشاهد في الرجوع عن شهادته متهم في حق المشهود له لجواز أن المشهود عليه غره بمال أو غيره ليرجع عن شهادته فيظهر كذب المدعى في دعواه فلم يصدق في الرجوع في حق المشهود له للتمهة اذا التهمة كما تمنع قبول الشهادة تمنع صحة الرجوع عن الشهادة فلم يصح الرجوع في حقه فلم ينقض القضاء ولا يسترد المدعى من يده ومعنى التهمة لا توهم في المشهود عليه فصح الرجوع في حقه الا أنه لا يمكن اظهار الصحة في نقض القضاء والتوصل الى عين المشهود به فيظهر في التوصل الى بدله رعاية للجوانب كلها واذ رجعا قبل القضاء لا يضمنان لان الشهادة لا نصير حجة بالاتضاء فلا تقع تسبباً الى الاتلاف بدونه وعلى هذا اذا شهد على رجل أنه طلق امرأته ف قضى القاضي بشهادتهما ثم رجعا ان كان الطلاق بعد الدخول بان كان الزوج مقرراً بالدخول لا ضمان عليهما لانعدام الاتلاف لان المهر يجب بنفس العقد ويتأكد بالدخول لا بشهادتهما فلم تقع شهادتهما اتلافاً فلم يجب الضمان وان كان الطلاق قبل الدخول ف قضى القاضي بنصف المهر بان كان المهر مسمى أو بالمتعة بان لم يكن المهر مسمى ثم رجعا ضمننا ذلك للزوج لان شهادتهما وان لم توجب على الزوج شيئاً من المهر لكنهما كدت الواجب لان الواجب قبل الدخول كان محتملاً للسقوط بأن جاءت الفرقة من قبلها وبشهادتهما بالطلاق تأكد الواجب عليه على وجه لا يحتمل السقوط بعده أصلاً فصارت شهادتهما مؤكدة للواجب والمؤكدة للواجب بمنزلة الواجب في الشرع كالحرم اذا أخذ صيداً فذبحه رجل في يده يجب الجزاء على الآخذ ويرجع الآخذ بذلك على القاتل لوقوع القتل منه تأكد للجزاء الواجب على المحرم اذا ذبحه لا حتمل السقوط بالارسال فهو بالذبح أكد الواجب عليه فنزل المؤكدة منه منزلة الواجب كذا هذا وعلى هذا اذا شهد على رجل أنه أعتق عبداً أو أمة له وهو ينكر ف قضى القاضي ثم رجعا يضمنان قيمة العبد أو الأمة لمولاه لانهما بشهادتهما اتلفا عليه مالية العبد أو الأمة فيضمنان ويكون ولاؤه للمولى لان الاعتناق قد عليه والولاء ملن أعتق فان قيل هذا اتلاف بعوض وهو الولاء فلا يوجب الضمان قيل له الولاء لا يصلح عوضاً لانه ليس بمال وانما هو من أسباب الارث فكان هذا اتلافاً بغير عوض فيوجب الضمان ولو شهدا على اقرار المولى أن هذه الأمة ولدت منه وهو منكر ف قضى القاضي بذلك ثم رجعا فنقول هذا في الاصل لا يخلو من

أحد وجهين أما أن لم يكن معها ولد وأما أن كان معها ولد وكل ذلك لا يخلو أما أن رجعا في حال حياة المولى وأما أن رجعا بعد وفاته أما إذا لم يكن معها ولد ورجعا في حال حياة المولى يضمنان للمولى نقصان قيمتها فتقوم أمة قنأ وتقوم أم ولد لوجاز بيعها فيضمنان النقصان لانهما أتلفا عليه بشهادتهما هذا القدر حال حياته فيضمنانه فإذا مات المولى عتقت الجارية لأنها أم ولده وأم الولد تعتق بموت سيدها ويضمنان بقية قيمتها للورثة لانهما أتلفا بشهادتهما كل الجارية لكن بعضها في حال الحياة والباقي بعد الوفاة فيضمنان كذلك وإن كان معها ولد ورجعا في حال حياة المولى فانهما يضمنان قيمة الولد لانهما أتلفا عليه ألا ترى أنه لو لا شهادة تهما لكان الولد عبد الله فهما بشهادتهما أتلفا عليه فعليهما الضمان وعليهما ضمان نقصان قيمة الام أيضا لما قلنا فإذ مات المولى بعد ذلك لم يكن مع الولد شريك في الميراث فلا يضمنان له شيئا ويرجعان على الولد بما قبض الاب منهما لان في زعم الولدان رجوعهما باطل وأن ما أخذ الاب منهما أخذه بغير حق فصار مضمونا عليه فيؤدى من تركته ان كانت له تركه وإن لم يكن له تركه فلا ضمان على الولد لان من أقر على مورثه بدين وليس للميت تركه لا يؤخذ من مال الوارث وإن كان معه أخ فانهما يضمنان للاخ نصف البقية من قيمتهما لانهما أتلفا عليه ذلك القدر ويرجعان على الولد بما أخذه الاب منهما لما قلنا ولا يرجعان بما قبض الاخ لان الاخ ظلم عليهما في زعمهما فليس لهما أن يظلما عليه ولا ضمان للاخ ما أخذ هذا من الميراث لانهم ما أتلفا عليه الميراث لما ذكر ان شاء الله تعالى هذا اذا كان الرجوع في حال حياة المولى فاما اذا كان بعد وفاته فان لم يكن مع الولد شريك في الميراث فلا ضمان عليهما لان الولد يكذبهما في الرجوع وإن كان معه شريك في الميراث فانهما يضمنان للاخ نصف البقية من قيمتهما لما قلنا ويضمنان للاخ نصف قيمة الولد لانهما أتلفا عليه نصف الولد ولا يضمنان له ما أخذ هذا الولد من الميراث لما قلنا ولا يرجعان على الولد ههنا لان هذا ظلم للاخ في زعمهما فليس لهما أن يظلما الولد هذا اذا كانت الشهادة في حال حياة المولى والرجوع عليه في حال حياته أو بعد وفاته فاما اذا كانت الشهادة بعد وفاته بأن مات رجل وترك ابنا وعبدًا وأمة وتركه فشهد شاهدان أن هذا العبد ولدته هذه الامة من الميت وصدقهما الولد والامة وأنكر الابن فقضى القاضي بذلك وجعل الميراث بينهما ثم رجعا يضمنان قيمة العبد والامة ونصف الميراث للابن فرق بين حال الحياة وبين حال المات فان هناك لا يضمنان الميراث وجه الفرق أن الشهادة بالنسب حال الحياة لا تكون شهادة بالمال والميراث لا محالة لانه يجوز فيه التقدم والتأخر فمن الجائز أن يموت الاب أولا فيرثه الابن كما يجوز أن يموت الابن أولا ويرثه الاب فلم تكن الشهادة بالنسب شهادة بالمال والميراث لا محالة فلا تتحقق الشهادة اتلا فالل مال فلا يضمنان بخلاف الشهادة بعد الموت فانها شهادة بالمال لا محالة فقد أتلفا عليه نصف الميراث فيضمنان والله سبحانه وتعالى أعلم ولو شهد أنه در عبده فقضى القاضي بذلك ثم رجعا يضمنان للمولى نقصان التدبير فيقوم قنأ ويقوم مدبر أي ضمنان النقصان لانهما أتلفا عليه حال حياته بشهادتهما هذا القدر فيضمنانه فإذا مات المولى بعد ذلك عتق العبد كله ان كان يخرج من الثلث ولا سعاية عليه لانه مدبره ويضمنان للورثة بقية قيمته عبدان هما أتلفا بشهادتهما بقية ماليته بعد موته لان التدبير اعتاق بعد الموت ولو لم يكن له مال سوى المدبر عتق عليه مجانا لان التدبير وصية فيعتبر بسائر الوصايا ويسعى في ثلث قيمته عبدًا للورثة لان الوصية فيما زاد على الثلث لا تنفذ من غير اجازة الورثة ويضمن الشاهدان للورثة ثلث قيمته لانهما أتلفا عليه بشهادتهما ثلث العبد هذا اذا كانت السعاية تخرج من ثلث العبد فان كانت لا تخرج بأن كان معسرا فانهما يضمنان جميع قيمته مدبرا ثم يرجعان على العبد ثلث قيمته اذا أيسر ولو شهدا أنه قال لعبد ان دخلت الدار فانت حر وشهد آخران بالدخول ثم رجعا فالضمان على شهود اليمين لان العتق ثبت بقوله أنت حر وانما الدخول شرط والحكم يضاف الى العتق لا الى الشرط فكان التلف حاصلًا بشهادتهما فكان الضمان عليهما وكذلك اذا شهدا انه قال لا امرأته ان دخلت الدار فانت طالق وشهد آخران بالدخول ثم رجعا لما قلنا وكذلك لو شهدا على رجل

بالزنا وشهد آخران بالا حصان ثم رجعا فاضمان على شهود الزنا لا على شهود الاحصان لان الاحصان شرط ولو  
 شهد انه قتل فلا نا خطاً وقضى القاضي ثم رجعا ضمنا الدية لانها تلقاها عليه وتكون في ما لهما لان الشهادة منهما بمنزلة  
 الاقرار منهما بالا تلاف والعاقلة لا تعقل الاقرار كما لو اقر اصر يحا وهذا الورجما في حال المرض اعتبر اقرارا بالدين حتى  
 يقدم عليه دين الصحة كما في سائر الاقرار وكذا لو شهدا انه قطع يد فلان خطأ وقضى القاضي ثم رجعا ضمنا دية اليد  
 لما قلنا وكذا لو شهدا عليه بالسرقه فقضى عليه بالقطع فقطعت يده ثم رجعا فقد روى أن شاهدين شهدا عند سيدنا  
 على كرم الله وجهه على رجل بالسرقه فقضى عليه بالقطع فقطعت يده ثم جاء الشاهدان بآخر فقالا أو همتا أن السارق  
 هذا يا أمير المؤمنين فقال سيدنا على رضي الله عنه لا أصدقكما على هذا وأغرمكما دية بالاول ولو علمت أنكما تعدتما  
 لقطعت أيدكما وكان ذلك بحضور من الصحابة ولم ينكر عليه أحد فكان اجماعا ولو شهدا انه قتل فلا ناعمد ألقى  
 القاضي وقتل ثم رجعا فعليهما الدية عندنا وعند الشافعي رحمه الله عليهما القصاص وعلى هذا الخلاف اذا شهدا انه  
 قطع يد فلان (وجه) قول الشافعي رحمه الله ان شهدتهما وقعت قتلا تسيبها لانها تقضى الى وجوب القصاص وانه  
 يقضى الى القتل فكانت شهادتهما تسيبها الى القتل والتسيب في باب القصاص في معنى المباشرة كالا كراه على القتل  
 (ولنا) أن نسلم أن الشهادة وقعت تسيبها الى القتل لكن وجوب القصاص يتعلق بالقتل مباشرة لا تسيبها لان ضمان  
 العدوان الوارد على حق العبد مقيد بالمثل شرعا ولا مماثلة بين القتل مباشرة وبين القتل تسيبها بخلاف الا كراه على  
 القتل لان القاتل هو المكروه مباشرة لكن بيد المكروه وهو كالا كراه والقول مستعمل الا كالا لعل على ما عرف على  
 أن ذلك وان كان قتلا تسيبها فهو مخصوص عن نصوص المماثلة فن ادعى تخصيص القرع محتاج الى الدليل وعلى  
 هذا يخرج ما اذا شهدا على ولي القتل أنه عفا عن القتل وقضى القاضي ثم رجعا انه لا ضمان عليهما في ظاهر الرواية  
 لانه لم يوجد منهما اتلاف المال ولا النفس لان شهادتهما قامت على العفو عن القصاص والقصاص ليس بمال ألا  
 ترى أنه لو أكره رجلا على العفو عن القصاص فعفا لا يضمن المكروه ولو كان القصاص مالا يضمن لان المكروه  
 يضمن بالا كراه على اتلاف المال وكذا من وجب له القصاص وهو مريض فعفا ثم مات في مرضه ذلك لا يعتبر من  
 الثلث ولو كان مالا اعتبر من الثلث كما اذا تبرع في مرضه وعن أبي يوسف رحمه الله أنهما يضمنان الدية لولي القتل لان  
 شهادتهما اتلاف للنفس لان نفس القاتل تصير مملوكة لولي القتل في حق القصاص فقد اتلفا بشهادتهما على المولى  
 نفسا تساوى ألف دينار وأربعة آلاف درهم فيضمنان وهذا غير سديد لانا نسلم أن نفس القاتل تصير مملوكة لولي  
 القتل بل الثابت له ملك الفعل لا ملك الحل لان في الحل ما ينافي الملك لما علم في مسائل القصاص فلم تقع شهادتهما  
 اتلاف النفس ولا اتلاف المال فلا يضمنان ولو شهدا أن هذا الغلام ابن هذا الرجل والاب يحجده فقضى القاضي  
 بشهادتهما ثم رجعا لا يبطل النسب ولا ضمان على الشاهدين لان عدم اتلاف المال منهما (وأما) شرائط الوجوب  
 فانواع منها أن يكون الرجوع بعد القضاء فان كان قبله لا يجب الضمان لما ذكرنا أن الركن في وجوب الضمان بالشهادة  
 وقوع الشهادة اتلافا ولا تصير اتلافا الا اذا صارت حجة ولا تصير حجة الا بالقضاء فلا تصير اتلافا الا به (ومنها) مجلس  
 القضاء فلا عبرة بالرجوع عند غير القاضي كما لا عبرة بالشهادة عند غيره حتى لو أقام المدعى عليه البيئة على رجوعهما لا تقبل  
 بينته وكذا لا يمين عليهما اذا نكر الرجوع الا اذا حكيما عند القاضي رجوعهما عند غيره فيعتبر رجوعهما لان ذلك بمنزلة  
 انشاء رجوعهما عند القاضي فكان معتبرا (ومنها) أن يكون المتلف بالشهادة عين مال حتى لو كان منفعة لا يجب الضمان  
 لان الاصل ان المنافع غير مضمونة بالاتلاف عندنا وعلى هذا يخرج ما اذا شهدا أنه تزوج هذه المرأة ألف درهم ومهر  
 مثلها ألفان وهي تنكر فقضى القاضي بالنكاح بالف درهم ثم رجعا لا يضمنان للمرأة شيئا لانها اتلفا عليها منفعة البضع  
 والمنفعة ليست بعين مال حقيقة وانما يعطى لها حكم الاموال بعرض عقد الاجارة وكذا الوادعت امرأة على رجل  
 أنه طلقها على ألف درهم والزوج ينكر فشهد شاهدان فقضى القاضي ثم رجعا لم يضمنان للزوج شيئا لانها بشهادتهما

اتلفا على الزوج المنفعة لا عين المال وعلى هذا لو ادعى رجل أنه استأجر هذه الدابة من فلان بعشرة دراهم وأجر مثلها مائة درهم والمؤجر ينكر فشهد شاهدان وقضى القاضي ثم رجعا لا يضمنان للمؤجر شيئا لأنهما بشهادتهما اتلفا المنفعة لا عين المال (ومنها) أن يكون اتلاف المال بعير عوض فان كان بعوض لا يجب الضمان سواء كان العوض عين مال أو منفعة لها حكم عين المال لأن الاتلاف بعوض يكون اتلافا بصورة لا معنى وعلى هذا يخرج ما إذا ادعى رجل على رجل أنه باع عبده منه بالف درهم والمشتري ينكر فشهد شاهدان بذلك وقضى القاضي ثم رجعا أنه ينظر إن كانت قيمة العبد ألفا أو أكثر فلا ضمان عليهما للمشتري لأن شهادتهما وقعت اتلافا بعوض فلا يكون اتلافا معنى فلا يوجب الضمان وإن كانت قيمته أقل من ألف يضمنان الزيادة له لوقوع الشهادة اتلافا بقدر الزيادة ولو كانت الدعوى من المشتري والمسئلة بحالها إن كانت قيمته مثل الثمن المذكور أو أقل فلا ضمان على الشاهدين للبائع لما قلنا وإن كانت قيمته أكثر من ألف يضمنان الزيادة للبائع لأن شهادتهما وقعت اتلافا بغير الزيادة وعلى هذا يخرج ما إذا ادعت امرأة على رجل أنه تزوجها على ألف درهم والرجل ينكر فشهد لها شاهدان بذلك وقضى القاضي بالنكاح بالف ثم رجعا أنه ينظر إن كان مهر مثلها ألفا أو أكثر من ذلك لم يضمن الزوج شيئا وإن اتلفا عليه عين المال لأنهما اتلفاها بعوض له حكم عين المال وهو البضع لأنه يعتبر مالا حال دخوله في ملك الزوج بدليل أن الأب يملك أن يزوجه من ابنته امرأة ولو لم يعتبر البضع مالا حال دخوله في ملك الزوج لملك الأب لا يملك على ابنته معاوضة مال باليس بمال وكذلك المريض إذا تزوج امرأة على ألف درهم وذلك مهر مثلها لا يعتبر من الثلث بل من جميع المال ولو لم يكن البضع في حكم المال في حال الدخول في ملك الزوج لا يعتبر من الثلث كالتبرع بالمال في حق الزوج حال دخوله في ملكه فكان الاتلاف بعوض هو في حكم عين المال فلا يكون اتلافا معنى وإن كان مهر مثلها أقل من ألف درهم يضمنان الزيادة على مهر المثل للزوج لأنهما اتلفا الزيادة عليه من غير عوض أصلا وهذا بخلاف ما إذا ادعى رجل على امرأة أنه طلقها بألف درهم والمرأة تنكر فشهد شاهدان بذلك وقضى القاضي عليها بألف درهم ثم رجعا أنهما يضمنان للمرأة ألف درهم لأنهما اتلفا عليها عين المال بغير عوض أصلا لأن البضع حال خروجه عن ملك الزوج لا يعتبر مالا بدليل أن الأب لا يملك أن يتخلع من ابنته الصغيرة على مال ولو فعل وأدى من ماله يضمن ولو كان مالا لملك لأنه يملك عليها معاوضة مال بمال وكذلك المريضة إذا اختلعت من نفسها حال مرضها على مال يعتبر من الثلث كالوصية ولو كان له حكم المال لا يعتبر من جميع المال كما في سائر معاوضات المال بالمال وإذا لم يكن له حكم المال حال الخروج عن ملك الزوج حصلت شهادتهما اتلافا عليهما من عوض أصلا فيجب الضمان وعلى هذا يخرج ما إذا ادعى رجل أنه أجر داره من فلان شهر بعشرة دراهم والمستأجر ينكر فشهد شاهدان بذلك وقضى القاضي ثم رجعا فاما إن كان في أول المدّة ينظر إن كان أجر الدار مثل المسمى لا ضمان عليهما للمستأجر ولو اتلفا عليه عين مال لكن بعوض له حكم عين المال وهو المنفعة لأن المنفعة في باب الاجارة لها حكم عين المال وإن كانت أجرة مثلها أقل من المسمى فانهما يضمنان الزيادة لأن التلف بقدر الزيادة حصل بغير عوض أصلا وإن كانت الدعوى بعد مضي مدة الاجارة فعليهما ضمان الاجرة لأنهما اتلفا عليه من غير عوض أصلا فكان مضمونا عليهما وعلى هذا يخرج ما إذا شهد شاهدان على القاتل أنه صالح وولي القاتل ينكر فقضى القاضي بذلك ثم رجعا أنهما لا يضمنان شيئا للقاتل لأنهما اتلفا عليه عين مال بعوض وهو النفس لأن النفس تصلح أن تكون عوضا بدليل أن المريض وجب عليه القصاص فصالح الولي على الدية جاز ولا تعتبر من الثلث بل من جميع المال ولو لم تصلح النفس عوضا لا تعتبر من الثلث دل أن هذا اتلاف بعوض فلا يوجب الضمان إلا إذا شهدا على الصلح بأكثر من الدية فيضمنان الزيادة على الدية للقاتل لأن تلف الزيادة حصل بغير عوض ويمكن تخرج هذه المسائل على فصل التسبب لأن ما قبله عوض لا يكون اتلافا معنى فلم يوجد سبب وجوب الضمان فلا يجب فافهم ذلك ويستوى في وجوب الضمان الرجوع

عن الشهادة والرجوع على الشهادة حتى لو رجعت القروع وثبت الاصول بحسب الضمان على القروع لوجود الاتفاق  
منهم لوجود الشهادة منهم حقيقة ولو رجع الاصول وثبت القروع فلا ضمان على القروع لانعدام الرجوع منهم وهل  
يجب الضمان على الاصول قال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله لا يجب . قال محمد يجب (وجه) قوله أن القروع  
لا يشهدون بشهادة أنفسهم وانما يفعلون بشهادة الاصول فاذا شهدوا فقد أظهر واشهادتهم فكانهم حضروا بانفسهم  
وشهدوا ثم رجعوا (وجه) قولهما أن الشهادة وجدت من القروع لان الاصول لعدم الشهادة حقيقة فانهم لم  
يشهدوا حقيقة وانما شهد القروع وهم ثابتون على شهادتهم فلم يوجد الا تنافي من الاصول لعدم الشهادة  
منهم حقيقة فلا يضمنون وعلى هذا اذا رجعوا جميعا فالضمان على القروع عندهما ولا شيء على الاصول  
لوجود الشهادة من القروع حقيقة لان الاصول وعنده المشهود عليه بالخيار ان شاء ضمن القروع وان شاء  
ضمن الاصول لوجود الشهادة من الفريقين ولو لم يرجع أحد من الفريقين ولكن الاصول أنكروا الاشهاد فلا  
ضمان على أحد لانعدام الرجوع عن الشهادة ويستوى في وجوب ضمان الرجوع رجوع الشهود والمزكين  
عند أبي حنيفة حتى ان المزكين لو زكوا الشهود فشهدوا وقضى القاضي بشهادتهم ثم رجع المزكون ضمنوا  
عنده وعند همار جوع المزكين لا يوجب الضمان وجه قولهما ان رجوع المزكين بمنزلة رجوع شهود الاحصان لان  
التركية ليست الانباء عن الشهود كالشهادة على الصفات التي هي خصال حميدة ثم الرجوع عن الشهادة على الاحصان  
لا يوجب الضمان كذا هذا ولا يوجب حنيفة أن التركية في معنى الشهادة في وجوب الضمان لان الرجوع عن الشهادة  
انما يوجب الضمان لوقوعه اتلافا وانما يصير اتلافا بالتركية ألا ترى أنه لو لا التركية لما وجب القضاء فكانت  
الشهادة عاملة بالتركية فكانت التركية في معنى علة العلة فكانت اتلافا بخلاف الشهادة على الاحصان لان الاحصان  
شرط كون الزنا علة والحكم للعلة لا للشرط وأما بيان مقدار الواجب من الضمان فلا يصل أن مقدار الواجب منه  
على قدر الاتلاف لان سبب الوجوب هو الاتلاف والحكم يتقدر بقدر العلة والعبرة فيه ببقاء من بقي من الشهود بعد  
رجوع من رجع منهم فان بقي منهم بعد الرجوع من يحفظ الحق كله فلا ضمان على أحد لانعدام الاتلاف أصلا من  
أحد وان بقي منهم من يحفظ بعض الحق وجب على الراجعين ضمان قدر التالف بالحصص فنقول بيان هذه الجملة  
اذا شهد رجلان بمال ثم رجع أحدهما عليه نصف المال لان النصف محفوظ بشهادة الباقي ولو كانت الشهود  
أربعة فرجع واحد منهم لا ضمان عليه وكذا اذا رجع اثنان لان الاثنين يحفظان المال ولو رجع منهم ثلاثة  
فعليهم نصف المال لان النصف عندنا بشهادة شاهد واحد ولو شهد رجل وامرأتان بمال ثم رجع الرجل غرم  
نصف المال لان النصف بقي بثبات المرأتين ولو رجعت المرأتان غرمتا نصف المال بينهما نصيب لبقاء النصف  
بثبات الرجل ولو رجع رجل وامرأة فعليهما ثلثا رابع المال نصفه على الرجل وربعه على المرأة لان الباقي ببقاء  
امرأة واحدة الربع فكان التالف بشهادة الرجل والمرأة ثلاثة ارباع والرجل ضعف المرأة فكان عليها الربع  
وعلى الرجل النصف ولو رجعوا جميعا فنصف المال على الرجل والنصف على المرأتين بينهما نصفان ولو شهد  
رجلان وامرأة ثم رجعوا فالضمان على الرجلين ولا شيء على المرأة لان المرأة الواحدة في الشهادة وجودها وعدمها  
بمنزلة واحدة لان القاضي لا يقضى بشهادتها ولو شهد رجلان وامرأتان ثم رجعت المرأتان فلا ضمان عليهما لان  
الحق يبقى محفوظا بالرجلين ولو رجع الرجلان يضمنان نصف المال لان المرأتين يحفظان النصف ولو رجع رجل  
واحد لا شيء عليه لان رجلا وامرأتين يحفظون جميع المال ولو رجع رجل وامرأة فعليهما ربع المال بينهما اثلثا  
ثلثاه على الرجل وثلثه على المرأة لانه بقي ثلاثة ارباع ببقاء رجل وامرأتين فكان التالف بشهادة رجل وامرأة  
الربع والرجل ضعف المرأة فكان بينهما اثلثا ولو رجعوا جميعا فالضمان بينهم اثلثا أيضا ثلثاه على الرجلين وثلثه  
على المرأتين لما ذكرنا أن الرجل ضعف المرأة فكان التالف بشهادته ضعف ما تالف بشهادتها ولو شهد رجل وعشرة

نسوة ثم رجعوا جميعاً للضمان بينهم أسداس سدسه على الرجل وخمسة أسداسه على النسوة وهذا قول أبي حنيفة فاما  
عندهما فالضمان بينهم نصفان نصفه على الرجل ونصفه على النسوة وجه قولهما أن النساء وأن كثرن فلهن شطر  
الشهادة لا غير فكان التالف بشهادتهن نصف المال والنصف بشهادة الرجل فكان الضمان بينهم انصافاً ولا ي  
حنيفة أن كل امرأتين بمنزلة رجل واحد في الشهادة فكان قسمة الضمان بينهم أسداساً ولو رجع الرجل وحده  
ضمن نصف المال لأن النصف محفوظ بشهادة النساء وكذا لو رجعت النسوة غرم من نصف المال لأن النصف  
محفوظ بشهادة الرجل هذان الفصلان يؤيدان قولهما في الظاهر ولو رجع ثمان نسوة فلا ضمان عليهن لأن الحق  
بقي محفوظاً برجل وامرأتين ولو رجعت امرأة بعد ذلك فعليها وعلى الثمان ربع المال لأنه بقي ثبات رجل وامرأة  
ثلاثة أرباع المال فكان التالف بشهادتهن الربع ولو رجع رجل وامرأة فعليهما نصف المال اثلاً ثلثاً على الرجل  
والثلث على المرأة لأن تسع نسوة يحفظن المال فكان التالف بشهادة رجل وامرأة النصف والرجل ضعف المرأة  
فكان بينهما اثلاً ولو شهد رجل وثلث نسوة ثم رجع الرجل وامرأة فعلى الرجل نصف المال ولا شيء على  
المرأة في قياس قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله وفي قياس قول أبي حنيفة رضي الله عنه نصف المال يكون عليهما  
اثلاً ثلثاً على الرجل وثلثه على المرأة ولو رجعوا جميعاً فالضمان بينهم اخماس عند أبي حنيفة خمسه على الرجل وثلثة  
اخماسه على النسوة لأن الرجل ضعف المرأة وعندهما نصف الضمان على الرجل ونصفه على المرأة لما ذكرنا أن لهن  
شطر الشهادة وإن كثرن فكان التالف بشهادة كل نوع نصف المال والله سبحانه وتعالى أعلم وعلى هذا يخرج  
ما إذا شهد شاهدان أنه طلق امرأته ثلاثاً والزوج ينكر وشهد شاهدان بالدخول فقضى القاضي بشهادتهم ثم رجعوا  
فالضمان عليهم أرباع على شاهدي الطلاق الربع لأن شاهدي الدخول شهدا بكل المهر لأن كل المهر يتأكد  
بالدخول وللمؤكّد حكم الموجب على مامر وشاهدي الطلاق شهدا بالنصف لأن نصف المهر يتأكد بالطلاق  
على ما ذكرنا والمؤكّد كد للواجب في معنى الواجب فشاهد الدخول أقرّ بنصف المهر والنصف الآخر اشترك فيه  
الشهود كلهم فكان نصف النصف وهو الربع على شاهدي الطلاق وثلثة الأرباع على شاهدي الدخول فاما الذي  
يرجع الى نفسه فتوعان أحدهما وجوب الحد لكن في شهادة مخصوصة وهي الشهادة القائمة على الزنا وجملة الكلام  
فيه ان الرجوع عن الشهادة بالزنا ما أن يكون من جميع الشهود واما أن يكون من بعضهم دون بعض فإن رجعوا جميعاً  
يحدون حد القذف سواء رجعوا بعد القضاء أو قبل القضاء أما قبل القضاء فلا نكاحهم قبل القضاء نعم قد ف  
لا شهادة إلا أنه لا يقيم الحد عليهم للحال لا احتمال أن يصير شهادته بقرينة القضاء فإذا رجعوا فقد زال الاحتمال فبقي  
قد فاقبوجب الحد بالنص وأما بعد القضاء فلا نكاحهم وان صار شهادته باتصال القضاء به فقد انقلب قد فبالرجوع  
فصاروا بالرجوع قد ف يحدون ولو رجعوا بعد القضاء ولا مضاء فلا خلاف في أنهم يحدون اذا كان الحد جلد او ان  
كان رجماً فكذلك عند أصحابنا الثلاثة وقال زفر رحمه الله لا حد عليهم وجبة قوله أنهم لما رجعوا بعد الاستيفاء تبين أن  
كلامهم وقع قد ف من حين وجوده فصار كما لو قد فوا صريحاً ثم مات المقدوف وحد القذف لا يورث بلا خلاف  
بين أصحابنا فيسقط (ولنا) أن بالرجوع لا يظهر أن كلامهم كان قد ف من حين وجوده وانما يصير قد ف وقت الرجوع  
والمقدوف وقت الرجوع ميت فصار قد ف بعد الموت فيجب الحد هذا حكم الحد واما حكم الضمان فاما قبل الامضاء  
لا ضمان أصلاً لعدم الاتلاف أصلاً وأما بعد الامضاء فإن كان الحد رجماً ضمنوا الدية بلا خلاف لوقوع شهادتهم  
اتلافاً أو اقراراً بالاتلاف وإن كان الحد جلد فليس عليهم ارش الجلدات اذا لم يمت منها ولا الدية ان مات منها عند أبي  
حنيفة رحمه الله وعندهما يضمنون وجه قولهما أن شهادتهم وقعت اتلافاً بطريق التسبب لانها تنقض الى القضاء  
والقضاء يقضي الى اقامة الجلدات وانها تنقض الى التلف فكان التلف بهذه الوسائط مضافاً الى الشهادة فكانت  
اتلافاً تسببياً ولهذا الوشهد وبالقبض أو بالمال ثم رجعوا وجبت عليهم الدية والضمان كذا هذا ولا ي حنيفة عليه

الرحمة أن الأثر حصل مضافاً إلى الضرب دون الشهادة لوجهين أحدهما أن الشهود لم يشهدوا على ضرب جارح لأن الضرب الجارح غير مستحق في الجسد فلا يكون الجرح مضافاً إلى شهادتهم والثاني أن الضرب مباشرة الاتلاف والشهادة تسبب إليه وإضافة الأثر إلى المباشرة أولى من إضافته إلى التسبب إلا أنه لا ضمان على بيت المال لأن هذا ليس خطأ من القاضي ليكون عطاؤه في بيت المال لنوع تقصير منه ولا تقصير من جهةه هنا فلا شيء على بيت المال هذا إذا رجعوا جميعاً فاما إذا رجع واحد منهم فإن كان قبل القضاء يحدون جميعاً عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر يحد الرجوع خاصة وجه قوله أن كلامهم وقع شهادة قذفاً لكمال نصاب الشهادة وهو عدد الأربعة وإنما ينقلب قذفاً بالرجوع ولم يوجد إلا من أحدهم فينقلب كلاماً قذاً خاصة بخلاف ما إذا شهد ثلاثة بالزنا منهم يحدون لأن هناك نصاب الشهادة لم يكمل فوقع كلامهم من الابتداء قذاً (ولنا) أن كلامهم لا يصير شهادة إلا بقرينة الزنا لا أن ألتري أنها لا تصير حجة إلا به فقله يكون قذاً فلا شهادة فكان ينبغي أن يقام الحد عليهم بالنص لوجود الرمي بهم إلا أنه لا يقام لا احتمال أن يصير شهادة بقرينة القضاء ولثلاث يؤدي إلى سد باب الشهادة فإذا رجع أحدهم زال هذا المعنى فبقى كلامهم قذاً فيحدون وصار كما لو كان الشهود من الابتداء ثلاثة فأنهم يحدون لوقوع كلامهم قذاً كذا هذا وإن كان بعد القضاء قبل الامضاء فأنهم يحدون جميعاً عندهما وعند محمد الرجوع خاصة وجه قوله أن كلامهم وقع شهادة لا اتصال القضاء به فلا ينقلب قذاً إلا بالرجوع ولم يرجع إلا واحد منهم فينقلب كلامه خاصة قذاً فلم يصح رجوعه في حق الباقي فبقى كلامهم شهادة فلا يحدون ولهما أن الامضاء في باب الحدود من القضاء بدليل أن عمى الشهود أو ردتهم قبل القضاء كما يمنع من القضاء فبعد منع من الامضاء فكان رجوعه قبل الامضاء بمنزلة رجوعه قبل القضاء ولو رجع قبل القضاء يحدون جميعاً بخلاف بين أصحابنا الثلاثة كذا إذا رجع بعد القضاء قبل الامضاء وإن كان بعد الامضاء فإن كان الحد جلداً يحد الرجوع خاصة بالاجماع لأن رجوعه صحيح في حقه خاصة لا في حق الباقي فقلبت شهادته خاصة قذاً فيحد خاصة وإن كان الحد رجماً ومات المقدوف يحد الرجوع عند أصحابنا خلافاً لزفر وقد مرت المسئلة هذا حكم الحد فاما حكم الضمان فلا ضمان إذا كان رجوعه قبل القضاء أو بعده قبل الامضاء قلنا وأما بعد الامضاء فإن كان الحد جلداً فلا شيء على الرجوع من ارش السياط ولأن الدية إن مات عند أبي حنيفة رحمه الله وعند شمس يجب وإن كان رجماً غرم الرجوع ربع الدية لأن الثلاثة يحفظون ثلاثة أرباع الدية فكان التالف بشهادته الربع هذا إذا كان شهود الزنا أربعة فاما إذا كانوا خمسة فراجع واحد منهم فإن القاضي يقيم الحد على المشهود عليه بمقتضى من الشهود لأن الأربعة نصاب تام يحفظون الحد على المشهود عليه وإن أمضى الحد ثم رجع اثنان ضماناً ربع الدية إن مات المرجوم لأن الثلاثة قاموا بثلاثة أرباع الحق فكان التالف بشهادتهما الربع فيضمنانه وإن لم تمت فليس عليهما أرش للضرب عند أبي حنيفة وعندهما يجب وقد قدمت المسئلة والثاني وجوب التعزير في عموم الشهادات سوى الشهادة على الزنا بأن تعمد شهادة الزور وظهر عند القاضي بأقراره لأن قول الزور جناية ليس فيها فيما سوى القذف حد مقدر فتوجب التعزير بخلاف بين أصحابنا وإنما اختلفوا في كيفية التعزير قال أبو حنيفة عليه الرحمة تعزيره تشهيراً في سوقه أو مسجد حيه ويحذر الناس منه فيقال هذا شاهد الزور فاحذروه وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يضمن إليه ضرب أسواط هذا إذا تاب فأما إذا لم يتب وأصر على ذلك بأن قال أني شهدت بالزور وأنا على ذلك قائم فإنه يعزر بالضرب بالاجماع احتجاجاً بما روى عن سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه ضرب شاهد الزور وسخم وجهه ولأن قول الزور من أكبر الكبائر وليس اليه فيما سوى القذف بالزنا حد مقدر فيحتاج إلى أبلغ الزواجر ولا في حنيفة رحمه الله ما روى أن شريحاً كان يشهر شاهد الزور ولا يعزره وكان لا تخفى قضاياه على أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم رضوان الله تعالى عليهم ولم ينقل أنه أنكر عليه منكر ولأن الكلام فيمن أقرانه

شهد بزور نادما على ما فعل لامصراً عليه والندم توبة على لسان رسول الله  
صلى الله عليه وسلم والتائب لا يستوجب الضرب حتى لو كان  
مصراً على ذلك يضرب وفعل سيدنا عمر رضي الله عنه  
محمول عليه توفيقاً بين الدلائل والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ تم الجزء السادس ويليه الجزء السابع وأوله كتاب آداب القاضي ﴾



## ( فهرست الجزء السادس من كتاب بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع )

| صفحة | موضوع                                   | صفحة | موضوع                                             |
|------|-----------------------------------------|------|---------------------------------------------------|
| ٧٨   | فصل وأما بيان ما يبطل به عقد الشركة     | ٢    | كتاب الكفالة                                      |
| ٧٩   | كتاب المضاربة                           | ٥    | فصل وأما شرائط الكفالة                            |
| ٧٩   | فصل وأما ركن العقد الخ                  | ١٠   | فصل وأما بيان حكم الكفالة                         |
| ٨١   | فصل وأما شرائط الركن الخ                | ١١   | فصل وأما بيان ما يخرج به الكفيل عن الكفالة        |
| ٨٦   | فصل وأما بيان حكم المضاربة              | ١٣   | فصل وأما رجوع الكفيل                              |
| ١٠١  | فصل وأما صفة هذا العقد                  | ١٥   | فصل وأما ما يرجع به الكفيل                        |
| ١٠١  | فصل وأما حكم اختلاف المضارب ورب المال   | ١٥   | كتاب الحوالة                                      |
| ١١٢  | فصل وأما بيان ما يبطل به عقد المضاربة   | ١٧   | فصل وأما بيان حكم الحوالة                         |
| ١١٥  | كتاب الهبة                              | ١٨   | فصل وأما بيان ما يخرج به الحال عليه من الحوالة    |
| ١١٨  | فصل وأما شرائط                          | ١٩   | فصل وأما بيان الرجوع                              |
| ١٢٧  | فصل وأما حكم الهبة                      | ١٩   | كتاب الوكالة                                      |
| ١٣٥  | كتاب الرهن                              | ٢٠   | فصل وأما بيان ركن التوكيل                         |
| ١٣٥  | فصل وأما شرائط                          | ٢٠   | فصل وأما شرائط فأنواع                             |
| ١٤٥  | فصل وأما حكم الرهن                      | ٢٤   | فصل وأما بيان حكم التوكيل                         |
| ١٥٤  | فصل وأما الذي يتعلق بحال هلاك المرهون   | ٣٢   | فصل الوكيلان هل ينفرد أحدهما بالتصرف فيما وكلا به |
| ١٥٥  | فصل وأما شرائط كونه مضمونا عند الهلاك   | ٣٧   | فصل وأما بيان ما يخرج به الوكيل عن الوكالة        |
| ١٧٤  | فصل وأما حكم اختلاف الراهن والمرتهن     | ٣٩   | كتاب الصلح                                        |
| ١٧٥  | كتاب المزارعة                           | ٤٠   | فصل وأما شرائط الركن فأنواع                       |
| ١٧٦  | فصل وأما ركن المزارعة                   | ٤٢   | فصل وأما شرائط التي ترجع الى المصالح عليه فأنواع  |
| ١٧٦  | فصل وأما شرائط الخ                      | ٤٨   | فصل وأما الذي يرجع الى المصالح عنه فأنواع         |
| ١٧٧  | فصل وأما الذي يرجع الى الزرع            | ٥٣   | فصل وأما بيان حكم الصلح الخ                       |
| ١٧٧  | فصل وأما الذي يرجع الى المزرع           | ٥٤   | فصل وأما بيان ما يبطل به الصلح                    |
| ١٧٧  | فصل وأما الذي يرجع الى الخارج           | ٥٥   | فصل وأما بيان حكم الصلح                           |
| ١٧٨  | فصل وأما الذي يرجع الى المزرع فيه       | ٥٦   | كتاب الشركة                                       |
| ١٧٩  | فصل وأما الذي يرجع الى ما عقد عليه      | ٥٧   | فصل وأما بيان جواز هذه الأنواع الثلاثة            |
| ١٧٩  | فصل وبيان هذه الجملة الخ                | ٥٨   | فصل وأما بيان شرائط جواز هذه الأنواع              |
| ١٨٠  | فصل وأما الذي يرجع الى آلة المزارعة الخ | ٦٥   | فصل وأما حكم الشركة                               |
| ١٨٠  | فصل وأما الذي يرجع الى مدة المزارعة الخ | ٧٧   | فصل وأما صفة عقد الشركة                           |
| ١٨٠  | فصل وأما شرائط المنفعة للمزارعة الخ     |      |                                                   |
| ١٨١  | فصل وأما بيان حكم المزارعة الصحيحة      |      |                                                   |

| صحيفة                                                | صحيفة                                                |
|------------------------------------------------------|------------------------------------------------------|
| ٢١٤ ﴿كتاب العارية﴾                                   | ١٨٢ فصل وأما حكم المزارعة الفاسدة                    |
| ٢١٤ فصل وأما الشرائط التي يصير الركن بها عارة الخ    | ١٨٣ فصل وأما المعاني التي هي عذر في فسخ المزارعة الخ |
| ٢١٤ فصل وأما بيان حكم العقد الخ                      | ١٨٤ فصل وأما الذي يفسخ به عقد المزارعة               |
| ٢١٦ فصل وأما صفة الحكم الخ                           | ١٨٤ فصل وأما بيان حكم المزارعة المنسوخة الخ          |
| ٢١٧ فصل وأما بيان حال المستعار                       | ١٨٥ ﴿كتاب المعاملة﴾                                  |
| ٢١٨ فصل وأما بيان ما يوجب تغير حالها                 | ١٨٦ فصل وأما الشرائط المفسدة للمعاملة                |
| ٢١٨ ﴿كتاب الوقف والصدقة﴾                             | ١٨٧ فصل وأما حكم المعاملة الصحيحة الخ                |
| ٢١٩ فصل وأما شرائط الجواز                            | ١٨٨ فصل وأما حكم المعاملة الفاسدة الخ                |
| ٢٢٠ فصل وأما الذي يرجع إلى الموقوف الخ               | ١٨٨ فصل وأما المعاني التي هي عذر في فسخها            |
| ٢٢٠ فصل وأما حكم الوقف الجائر                        | ١٨٨ فصل وأما الذي يفسخ به عقد المعاملة               |
| ٢٢١ وأما الصدقة الخ                                  | ١٨٨ فصل وأما حكم المعاملة المنسوخة الخ               |
| ٢٢١ ﴿كتاب الدعوى﴾                                    | ١٨٨ ﴿كتاب الشرب﴾                                     |
| ٢٢٢ فصل وأما الشرائط المصححة للدعوى                  | ١٩٢ ﴿كتاب الأراضى﴾                                   |
| ٢٢٤ فصل وأما بيان حد المدعى والمدعى عليه             | ١٩٦ ﴿كتاب المفقود﴾                                   |
| ٢٢٤ فصل وأما بيان حكم الدعوى وما يتصل بها            | ١٩٦ فصل وأما بيان ما يصنع بماله                      |
| ٢٢٥ فصل وأما حجة المدعى والمدعى عليه                 | ١٩٧ فصل وأما حكم ماله الخ                            |
| ٢٢٧ فصل وأما بيان كيفية التمين                       | ١٩٧ ﴿كتاب اللقيط﴾                                    |
| ٢٢٩ فصل وأما حكم أدائه                               | ١٩٧ فصل وأما بيان حاله                               |
| ٢٣٠ فصل وأما حكم الامتناع                            | ٢٠٠ ﴿كتاب اللقطة﴾                                    |
| ٢٣١ فصل وأما بيان ما تندفع به الخصومة عن المدعى عليه | ٢٠٠ فصل وأما بيان أحوالها الخ                        |
| ٢٣٢ فصل وأما حكم تعارض الدعوتين                      | ٢٠٢ فصل وأما بيان ما يصنع بها                        |
| ٢٥٢ فصل وأما بيان ما يظهر به النسب                   | ٢٠٣ ﴿كتاب الأباقي﴾                                   |
| ٢٥٥ فصل وأما صفة النسب الثابت                        | ٢٠٣ فصل وأما بيان ما يصنع به                         |
| ٢٥٥ فصل وأما حكم تعارض الدعوتين الخ                  | ٢٠٣ فصل وأما بيان حكم ماله                           |
| ٢٥٩ فصل وأما حكم تعارض الدعوتين في قدر الملك         | ٢٠٤ فصل وأما شرائط الاستحقاق الخ                     |
| ٢٦٣ فصل وأما بيان حكم الملك والحق الثابت الخ         | ٢٠٥ فصل وأما بيان من يستحق عليه الخ                  |
| ٢٦٦ ﴿كتاب الشهادة﴾                                   | ٢٠٥ فصل وأما بيان قدر المستحق الخ                    |
| ٢٦٦ فصل وأما الشرائط الخ                             | ٢٠٦ ﴿كتاب السباق﴾                                    |
| ٢٨٢ فصل وأما بيان ما يلزم الشاهد الخ                 | ٢٠٦ فصل وأما شرائط جوازه الخ                         |
| ٢٨٢ فصل وأما بيان حكم الشهادة                        | ٢٠٧ ﴿كتاب الوديعة﴾                                   |
| ٢٨٣ ﴿كتاب الرجوع عن الشهادة﴾                         | ٢٠٧ فصل وأما شرائط الركن الخ                         |
|                                                      | ٢٠٧ فصل وأما بيان حكم العقد                          |
|                                                      | ٢١١ فصل وأما بيان ما يغير حال المعقود عليه           |







